الجوهرة النيرة

شرح مختصر القدوري

في فروع الحنفية

للإمام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي

المتوفى ٨٠٠ هـ

تحقيق

إلياس قبلان

الجزء الثاني

DKI

دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

Title: AL-JAWHARAH AL-NAYYIRAH ŠARḤ MUḪTAṢAR AL-QUDŪRI

(A book in Hanafi jurisprudence)

Author: Abū Bakr Ben ᶜAli Al-Ḥaddād Al-Zabīdi

Edittor: Ilyās Qablān

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages: 1368 (2 volumes)

Year: 2006

Printed in: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري

المؤلف: أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي

الناشر: دار الكتب العلميـــة ــ بيروت

عدد الصفحات: 1368 (جزءان)

سنة الطباعة: 2006 م

بلد الطباعة: لبنـــان

الطبعـة: الأولى

ISBN 2-7451-5116-9

9 782745 151162 90000 >

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية بيروت لبنان

الطبعـة الأولى

٢٠٠٦ م ـ ١٤٢٧ هـ

منشورات محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت

Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor

هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ (١ ٩٦١)

فرع عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية

Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.

هاتف: ١٢ / ١١ / ٨٠٤٨١٠ ٥ ٩٦١+ ص.ب: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+ رياض الصلح - بيروت ٢٢٩٠ ١١٠٧

http://www.al-ilmiyah.com

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح[1]

هو مشتق من المصالحة وهي المسالمة بعد المخالفة.

وفي الشرع: عبارة عن عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة بالتراضي يحمل على عقود التصرفات وركنه الإيجاب والقبول الموضوعان للصلح وشرطه أن يكون المصالح عنه مالا أو حقا يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما إذا كان حقا لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس والدليل على جواز الصلح الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[2].

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[3].

وأجمعت الأمة على جوازه، وقال عمر رضي الله عنه رددوا الخصوم لكي يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن.

ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «إلا صلحاً أحل حراماً»: هو الصلح

---

(1) وهو عقد يتفق فيه المتنازعان في حق على ما يرتفع به النزاع بينهما.
فكل واحد من عاقدي الصلح: مصالِح.
والحق المتنازع فيه: مُصَالَحٌ عنه.
وما يؤديه أحدهما أو يلتزم به لخصمه قطعاً للنزاع: مُصَالَحٌ عليه؛ ويسمى أيضاً: بدل الصُّلح.
انظر: المدخل الفقهي العام (618/1).

(2) سورة النساء: 128.

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (180/2): حديث: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». أبو داود من حديث أبي هريرة. وصححه ابن حبان والحاكم.
وأخرجه الترمذي وابن ماجه من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده بمثله، وصححه الحاكم أيضاً.
حديث ابن عباس في قوله تبارك وتعالى: «فمن عفي له من أخيه شيء» [سورة البقرة: 178]، قال: نزلت في الصلح.

على الخمر.

وقوله: «أو حرم حلالاً»: وهو الصلح على عبد على أن لا يبيعه، ولا يستخدمه.

وفي الهداية: الحرام المذكور هو الحرام لعينه كالخمر، والحلال المذكور هو الحلال لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة.

قوله رحمه الله تعالى: (**الصُّلْحُ عَلَى ثَلاَثَةِ أَضْرُبٍ صُلْحٌ مَعَ إِقْرَارٍ وَصُلْحٌ مَعَ سُكُوتٍ وَهُوَ أَنْ لاَ يُقِرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَلاَ يُنْكِرُ وَصُلْحٌ مَعَ إِنْكَارٍ وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ**) أما مع الإقرار، فلا خلاف فيه لإطلاق، قوله تعالى: ﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [1]. وأما مع السكوت، فهو جائز عندنا؛ لأن الساكت يجوز أن يكون مقراً، ويجوز أن يكون منكراً، فإذا صالح حملنا ذلك على الصحة دون الفساد. وأما مع الإنكار، فهو جائز أيضاً عندنا؛ لأنه موضوع لقطع الدعوى والمخاصمة، وذلك جائز.

قوله: (**فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى الإِقْرَارِ اُعْتُبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبِيَاعَاتِ إنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ**) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما، فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل، ويشترط القدرة على تسليم البدل.

قال الخجندي: الصلح على عين ما يدعيه قبض واستيفاء، وعلى غير ما يدعيه بيع وشراء، وعلى أقل مما يدعيه حط وإبراء، وعلى أكثر مما يدعيه فضل وربا.

ثم الصلح على شيء مجهول عن معلوم، أو مجهول لا يصح، وعلى شيء معلوم عن معلوم أو مجهول يصح.

وقوله: «اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات»: حتى لو كان المدعى ذهباً، أو فضة وبدل الصلح من جنسه لا يجوز إلا مثلاً بمثل، ويشترط التقابض في المجلس.

قوله: (**وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ اُعْتُبِرَ بِالإِجَارَاتِ**) لوجود معناها، فيشترط التوقيت فيها، ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة؛ لأنه إجارة، فإن كان موته قبل الانتفاع بما وقع عليه الصلح رجع المدعي على دعواه، وإن كان قد انتفع بنصف المدة، أو ثلثها بطل من دعواه بقدر ذلك ورجع على دعواه فيما بقي، وهذا قول محمد جعله كالإجارة.

وقال أبو يوسف: الصلح مخالف للإجارة، فإذا مات المدعى عليه لا يبطل الصلح

---

(1) سورة النساء: 128.

وللمدعي أن يستوفي الذمة بعد موته، وكذا إذا مات المدعي لا يبطل الصلح أيضاً في خدمة العبد وسكنى الدار وزراعة الأرض، ويقوم ورثته مقامه في الاستيفاء، ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب ولا يقوم ورثته مقامه في الاستيفاء؛ لأن الناس يتفاوتون فيه.

قال صاحب المنظومة في مقالات أبي يوسف على خلاف قول محمد:

وقال في الصلح على المنافع　　هلاك رب العين غير قاطع
كذاك موت المدعي في الدار　　والعبد لا في الثوب والحمار

وإن هلك الشيء الذي وقع الصلح على منفعته، أو استحق بطل الصلح بالإجماع.

قوله: (**وَالصُّلْحُ عَنْ السُّكُوتِ وَالإِنْكَارِ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لافْتِدَاءِ الْيَمِينِ وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَفِي حَقِّ الْمُدَّعِي بِمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ**)؛ لأن المدعى عليه يزعم أن الشيء المدعى على ملكه، فلا يكون المدفوع عوضاً عنه، وقد لزمته الخصومة، فجاز له الافتداء منها. وأما المدعي، ففي زعمه أن الذي ادعاه حق، وأن الذي يأخذه عوض حقه.

قوله: (**وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ لَمْ تَجِبْ فِيهَا الشُّفْعَةُ**) يعني إذا كان عن إنكار، أو سكوت.

وصورته: ادعى عليه داراً، أو عقاراً، فأنكر، أو سكت، ثم صالحه على دراهم لم تجب فيها شفعة؛ لأن المدعى عليه يزعم أن الدار لم تزل على ملكه، وأنه لم يملكها بالصلح، وإنما دفع العوض لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وله ذلك وزعم المدعي لا يلزمه؛ لأنه لا يصدق عليه، فلهذا لم تجب الشفعة، ولهذا لو ظهر بالدار عيب لا يرجع بأرشه ولا يردها؛ لأن في زعمه أنه لم يملكها من جهته.

قوله: (**وَإِذَا صَالَحَ عَلَى دَارٍ وَجَبَتْ فِيهَا الشُّفْعَةُ**)؛ لأن المدعي يأخذها عوضاً عن حقه. ومن ملك داراً على وجه المعاوضة وجبت فيها الشفعة، ويأخذها الشفيع بقيمة الحق المدعى؛ لأن المصالح أخذها عوضاً عن ذلك الحق، ولو أقر المدعى عليه والمسألة بحالها وجبت الشفعة فيهما جميعاً، ويأخذ الشفيع كل واحدة منهما بقيمة الأخرى.

قوله: (**وَإِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ فَاسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمُصَالَحِ عَنْهُ رَجَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِنْ الْعِوَضِ**)؛ لأن الصلح إذا كان عن إقرار كان معاوضة كالبيع.

قوله: (**وَإِنْ وَقَعَ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ فَاسْتُحِقَّ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ رَجَعَ الْمُدَّعِي بِالْخُصُومَةِ**) أي مع المستحق (**وَرَدَّ الْعِوَضَ**)؛ لأن المدعى عليه ما بدل العوض، إلا لدفع خصومته عنه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومة له، فقد أخذ عوضاً عن غير شيء.

قوله: (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضَ ذَلِكَ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ) أي في ذلك القدر.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ لَمْ يُبَيِّنْهُ فَصُولِحَ عَنْهُ عَلَى شَيْءٍ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الدَّارِ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْ الْعِوَضِ)؛ لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي بخلاف ما إذا استحق كله؛ لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله، فيرجع بكله.

وقوله: «حقاً في دار»: يعني حقاً في عين الدار لا حقاً له بسبب الشفعة؛ لأن الصلح على الشفعة لا يجوز.

وقوله: «لم يبينه»: أي لم ينسبه إلى جزء معلوم كالنصف، أو الثلث ولا إلى جانب معلوم كالشرقي، أو الغربي، أو القبلي، فإن نسبه إلى جزء شائع، ثم استحق بعض الدار نظر إن بقي من الدار مقدار المشاع، أو أكثر، فلا رجوع للمدعى عليه بشيء من العوض، وإن بقي أقل منه قسم العوض على جميع المتنازع فيه، فما أصاب المستحق رده على المدعى عليه، وما بقي، فهو له.

وقوله: «لم يبينه»: فيه إشارة، ودليل على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز عندنا خلافاً للشافعي.

قوله: (وَالصُّلْحُ جَائِزٌ فِي دَعْوَى الأَمْوَالِ وَالْمَنَافِعِ) صورة دعوى المنافع: أن يدعي على الورثة أن الميت أوصى له بخدمة هذا العبد، وأنكر الورثة؛ لأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين، والمالك ينكر، ثم تصالحا لم يجز، كذا في المستصفى.

قوله: (وَجِنَايَةُ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ) إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية في الخطأ؛ لأنها مقدرة شرعاً، فلا يجوز إبطال ذلك بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية؛ لأن القصاص ليس بمال، وإنما يتقوم بالعقد، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية. أما إذا صالح على غير ذلك جازت الزيادة على قدر الدية؛ لأنها مبادلة بها إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين بدين، ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية، فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز؛ لأنه تعين الحق بالقضاء، فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء.

قال في الكرخي: إذا قضى القاضي بالدية مائة بعير، فصالح القاتل الولي عن المائة البعير على أكثر من مائتي بقرة، وهي عنده ودفع ذلك جاز؛ لأن قضاء القاضي عين الوجوب في الإبل، فإذا صالح على البقر، فالبقر الآن ليست بمستحقة وبيع الإبل بالبقر جائز، وإن صالح عن الإبل بشيء من المكيل، أو الموزون سوى الدراهم والدنانير إلى أجل لم يجز؛ لأن الإبل دين في الذمة، فإذا صالح عنها بكيل، أو موزون مؤجل، فقد

عاوض ديناً بدين، فلا يجوز، وإن صالح من الإبل على مثل قيمة الإبل، أو أكثر بما يتغابن فيه جاز؛ لأن الزيادة غير متيقنة، وإن كانت بأكثر مما يتغابن فيه لم يجز؛ لأنه صالح على أكثر من المستحق، فلا يجوز.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ فِي دَعْوَى حَدٍّ)؛ لأنه حق الله لا حقه، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها؛ لأنه حق الولد لا حقها وسواء كان الحد في سرقة، أو قذف، أو زنا. أما الزنا والسرقة؛ فلأن الحد فيه حق الله تعالى بلا خلاف. وأما حد القذف، فإنه أيضاً حق الله تعالى عندنا، والمغلب فيه حق الشرع، فإن وقع الصلح في حد القذف قبل أن يرفع إلى القاضي لا يجب بدل الصلح ويسقط الحد؛ لأنه أعرض عن الدعوى، وإن صالح فيه بعد الترافع لا يجب البدل، ولا يسقط الحد كذا في المشكل.

قوله: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا وَهِيَ تَجْحَدُ فَصَالَحَتْهُ عَلَى مَالٍ بَذَلَتْهُ لَهُ حَتَّى يَتْرُكَ الدَّعْوَى جَازَ وَكَانَ فِي مَعْنَى الْخُلْعِ)؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة إذا أمكن حملها، وقد أمكن حملها على هذا الوجه.

وقوله: «جاز»: يعني في القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى، فلا يحل له أن يأخذه إذا كان كاذباً.

قوله: (فَإِنْ ادَّعَتْ امْرَأَةٌ نِكَاحًا عَلَى رَجُلٍ فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا لَمْ يَجُزْ)؛ لأنه بذل لها المال لترك الدعوى، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة، فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وإن لم يجعل فرقة، فلا شيء في مقابلة العوض الذي بذله لها، فلا يصح.

وفي بعض النسخ: يجوز ويجعل المال الذي بذله لها زيادة في مهرها.

قوله: (وَإِذَا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ جَازَ) يعني إذا كان المدعى عليه مجهول النسب، كذا في الينابيع.

قوله: (وَكَانَ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي فِي مَعْنَى الْعِتْقِ عَلَى مَالٍ)؛ لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه؛ لأن في زعمه أنه يأخذ المال لإسقاط حقه من الرق، وذلك جائز، وفي زعم المدعى عليه أنه يسقط عن نفسه الخصومة، وذلك جائز؛ لأنه يزعم أنه حر الأصل.

قال في الهداية: يكون في حق المدعي بمنـــزلة الإعتاق على مال، ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة، إلا أنه لا ولاء عليه لإنكار العبد، إلا أن يقيم البينة أنه عبده، فيقبل ويثبت الولاء.

قوله: (وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ عَقْدُ الصُّلْحِ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ إلَخْ)؛ لأنه إذا ادعى على رجل دراهم، فصالحه على أقل منها لم يحمل على المعاوضة لما فيه من الربا (وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ)، وإن صالحه على عين من الأعيان، أو ادعى عيناً، فصالحه منها على دراهم جاز، ويحمل على المعاوضة؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا.

وقوله: «بعقد المداينة»: يعني أن بدل الصلح إن كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما، فإن الصلح لا يحمل على المعاوضة والمداينة البيع بالدين، وإنما وضع المسألة في المداينة، وإن كان الحكم في الغصب كذلك؛ لأن الغصب غير مشروع.

قوله: (كَمَنْ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ جِيَادٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ زُيُوفٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِنْ بَعْضِ حَقِّهِ) وقبض الخمسمائة التي وقع عليها الصلح قبل التفرق ليس بشرط، وكذا لو قال حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة، فالحط جائز، ولو صالحه على أقل من حقه من جهة القدر، ولكنه أزيد من جهة الوصف كما إذا كان له ألف نبهرجة، فصالحه على خمسمائة جيدة لم يجز وعليه رد ما قبض وله الرجوع بجميع حقه؛ لأن فيه معاوضة الجودة بما حط، فيكون اصطناع المعروف من الجانبين، وإن كان اصطناع المعروف من جانب واحد جاز الصلح.

قوله: (وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَجَّلَ نَفْسَ الْحَقِّ)؛ لأنه ليس فيه إلا تأخير المطالبة، وقد أخذ مثل حقه، فصار كمن أجل دينه الحال، ولذا حمل على أنه أجل نفس الحق؛ لأنه لا يمكن جعله معاوضة؛ لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة، لا يجوز، فحملناه على التأخير.

قوله: (وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ إِلَى شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ)؛ لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة، فلا يمكن حملها على التأخير، ولا وجه له سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز، فكذا لا يصح الصلح.

قوله: (وَلَوْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ جِيَادٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَالَّةٍ لَمْ يَجُزْ)؛ لأن المعجل خير من المؤجل، وهو غير مستحق، فيكون بإزاء ما حط عنه، وذلك اعتياض عن الأجل، وهو حرام، وإذا لم يجز كان عليه رد ما قبض، وله الرجوع برأس المال بعد حلول الأجل، ولو كان له عليه ألف، فقال: متى أديت إلي خمسمائة، فأنت بريء من الباقي، فأدى خمسمائة، فأبى الطالب أن يفي له بذلك، فإن أبا حنيفة قال: له

ذلك، ولا يبرأ مما بقي؛ لأن هذه براءة معلقة بشرط، وبراءة صاحب الأصل لا يجوز تعليقها بالشرط؛ لأن فيها معنى التمليك كذا في الكرخي، وكذا المرأة تقول هذه المقالة لزوجها في مهرها، والرجل يقول: هذه المقالة لمكاتبه إذا أديت إلي خمسمائة، فأنت بريء من مكاتبتك، ثم أبى أن يفي بعد ما أدى فذلك له، ولا تجوز البراءة.

وفي الهداية: من له على رجل ألف، فقال له: أد إلي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل، فهو بريء، وإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف، وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف: لا يعود عليه؛ لأنه إبراء مطلق، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة «على»، وهي للمعاوضة، والأداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه، فجرى وجوده مجرى عدمه، فبقي الإبراء مطلقاً، فلا يعود كما لو بدأ بالإبراء.

ولهما: أن هذا إبراء مقيد بالشرط، فيفوت بفواته؛ لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح عوضاً له حذار إفلاسه، أو توسلاً إلى تجارة أربح منه.

وكلمة «على» وإن كانت للمعاوضة، فهي محتملة للشرط. وأما إذا بدأ بالبراءة، فقال: أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً، فالإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة، أو لم يعط؛ لأنه أطلق الإبراء أولاً، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً، ولكنه يصلح شرطاً، فوقع الشك في تقييده بالشرط، فلا يتقيد به.

قوله: (وَلَوْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ بِيضٍ لَمْ يَجُزْ)؛ لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة، وهي زائدة وصفاً، فتكون معاوضة الألف بخمسمائة سود وزيادة وصف، وهو ربا بخلاف ما إذا صالح على الألف البيض على خمسمائة سود؛ لأنه إسقاط كله قدراً ووصفاً وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود؛ لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس قبل الافتراق كما إذا كان له ألف درهم نبهرجة، فصالحه منها على ألف درهم جيدة جاز ويكون القبض قبل الافتراق شرطاً؛ لأنه استبدال، فيكون صرفاً.

قوله: (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلاً لِيُصَالِحَ عَنْهُ لَمْ يَلْزَمْ الْوَكِيلَ مَا صَالَحَ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَضْمَنَهُ وَالْمَالُ لاَزِمٌ لِلْمُوَكِّلِ) يريد به إذا كان الصلح عن دم العمد، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين؛ لأنه إسقاط محض، فكان الوكيل فيه سفيراً عن الموكل، أو معبراً، فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح لا يلزمه المهر. أما إذا وكله بالصلح عن مال

بمال بأن ادعى رجل عليه عروضاً، أو عقاراً، أو نحوهما، فوكله بالصلح عنه على مال، فإن المال لازم للوكيل؛ لأن حقوق العقد هنا على الوكيل دون الموكل، ويرجع بما ضمن على الموكل.

قال الخجندي: الوكيل بالصلح إذا ضمن المال رجع على الموكل سواء أمره بالضمان، أو لم يأمره، وجعل الأمر بالصلح أمراً بالضمان، وكذا إذا أمرته المرأة بأن يخالعها من زوجها، ففعل يعود عليها، ويكون الأمر بالخلع أمراً بالضمان بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن المهر للمرأة، فإنه لا يرجع به على الزوج إلا أن يكون أمره بالضمان.

والفرق أن الخلع يجوز عليها بغير أمرها، ألا ترى أن فضولياً لو قال للزوج: اخلع امرأتك على مائة من مالي، فخلعها جاز، فلما كان يجوز، ففائدة أمرها الرجوع عليها بالضمان، وكذا الأمر بالصلح أمر بالضمان لهذا المعنى، والنكاح لا يجوز على الرجل بغير أمره، ففائدة أمره جواز النكاح، لا ثبوت الرجوع، فلذلك افترقا.

وقوله: «إلا أن يضمنه»؛ لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصرف.

قوله: (**وَإِنْ صَالَحَ عَنْهُ عَلَى شَيْءٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إِنْ صَالَحَ بِمَالٍ وَضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلْحُ وَلَزِمَهُ الْمَالُ**) يريد به أن يقول: صالحني من دعواك مع فلان على ألف على أني ضامن بها، أو قال: بألف من مالي، أو بألف علي، أو على ألفي هذه، فإذا فعل فالمال لازم للوكيل؛ لأنه متبرع، ولا يكون له شيء من المدعي، وإنما له الذي هو في يده.

قوله: (**وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ صَالَحْتُك عَلَى أَلْفِي هَذِهِ أَوْ عَلَى عَبْدِي هَذَا تَمَّ الصُّلْحُ وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا**)؛ لأنه لما أضافه إلى مال نفسه، فقد التزم تسليمه، وهذا وجه ثان.

قوله: (**وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ صَالَحْتُك عَلَى أَلْفٍ وَسَلَّمَهَا**)، وهذا وجه ثالث؛ لأن التسليم يوجب سلامة العوض له، فيتم العقد.

قوله: (**وَإِنْ قَالَ صَالَحْتُك عَلَى أَلْفٍ وَسَكَتَ فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ أَجَازَهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ جَازَ وَلَزِمَهُ أَلْفٌ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَ**)، وهذا وجه رابع، وإنما وقف؛ لأن العاقد تبرع بالعقد، ولم يتبرع بالمال؛ لأنه لم يضف المال إلى نفسه، فلم يلزمه، فإن أجازه المطلوب لزمه المال، وإن لم يجزه بطل.

وذكر الخجندي وجهاً خامساً، وهو: أن يقول: صالحني من دعواك على فلان بإضافة الصلح إلى نفسه كما لو أضافه إلى المال، فيجوز وبدل الصلح على المصالح سواء كان بأمر المدعى عليه، أو بغير أمره، وليس للمدعي على المدعى عليه سبيل ويرجع

المصالح بما ضمن على المدعى عليه إن كان الصلح بأمره سواء أمره بالضمان، أو لم يأمره، وإن كان بغير أمره، فإنه متبرع ولا يرجع عليه.

قال في الهداية: ووجه آخر وهو أن يقول: صالحتك على هذا الألف، أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه؛ لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته، فيتم بقبوله فلو استحق العبد، أو وجد به عيباً فرده، فلا سبيل له على المصالح؛ لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه، ولم يلتزم شيئاً سواه، فإن سلم المحل تم الصلح، وإن لم يسلم لم يرجع بشيء.

قوله: (وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ عَلَى ثَوْبٍ فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ تَبِعَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِنِصْفِهِ) الأصل أن الدين المشترك بين اثنين إذا كان بسبب واحد، فمتى قبض أحدهما شيئاً منه، فإن المقبوض من النصيبين جميعاً، فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض، حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته، وإنما كان المقبوض من النصيبين جميعاً؛ لأنا لو جعلناه من أحدهما قسمنا الدين حال كونه في الذمة، وذلك لا يجوز؛ لأن القسمة تميز الحقوق، وذلك لا يتأتى فيما في الذمة، وإذا لم تجز القسمة صار المقبوض من الحقين، والدين المشترك يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة، وثمن المال المشترك والموروث بينهما، وقيمة المستهلك المشترك. فإذا عرفنا هذا نقول في مسألة الكتاب: له أن يتبع الذي عليه الأصل؛ لأن نصيبه باق في ذمته؛ لأن القابض قبض نصيبه، لكن له حق المشاركة؛ لأنه قبل أن يشاركه فيه باق على ملك القابض.

قوله: (وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ)؛ لأن له حق المشاركة فيه.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ)؛ لأن حقه في ذلك، فإن لم يأخذ نصف الثوب، وأراد الرجوع على غريمه فتوى المال عليه، فله أن يرجع على شريكه بنصف الثوب؛ لأن المقبوض إنما وقع في الأصل مشتركاً، فإن أخر أحدهما نصيبه ولم يؤخر الآخر لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز كذا في شرحه.

وفي الهداية: يصح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق، وعندهما: لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض؛ لأن نصيب أحدهما يصير مؤجلاً ونصيب الآخر معجلاً، فيتميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا يجوز، وأبو يوسف يقول: في تأخير أحدهما لنصيبه إسقاط حقه في المطالبة، فصار كالبراءة والهبة.

قوله: (وَلَوْ اسْتَوْفَى نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنْ الدَّيْنِ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيمَا قَبَضَ

ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الْغَرِيمِ بِالْبَاقِي)؛ لأن المقبوض صار مشتركاً، فهو من الحقين جميعاً.

قوله: (وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ بِنَصِيبِهِ مِنْ الدَّيْنِ سِلْعَةً كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّيْنِ)؛ لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملاً؛ لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح، فإن مبناه على الإغماض والحطيطة، فلو ألزمناه دفع ربع الدين في الصلح يتضرر به، فيتخير القابض في الصلح.

وقوله: (كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّيْنِ) هذا إذا كان ثمن السلعة مثل نصف الدين، ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع؛ لأنه ملكه بعقده، والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا؛ لأن حقه في ذمته باق؛ لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة، لكن له حق المشاركة، وله أن لا يشاركه.

قوله: (وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ) أي المسلم فيه (فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَجُوزُ الصُّلْحُ) اعتباراً بسائر الديون، وبما إذا اشتريا عبداً، فأقال أحدهما في نصيبه خاصة.

ولهما: أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسم الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر؛ لأن فيه فسخ العقد على شريكه بغير إذنه، وهو لا يملك ذلك، وقول محمد في نسخة: مع أبي يوسف، وفي نسخة: مع أبي حنيفة.

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ التَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ عَنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ عَقَارًا أَوْ عُرُوضًا جَازَ قَلِيلاً كَانَ مَا أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيرًا)؛ لأنه أمكن تصحيحه بيعاً، وفيه أثر عثمان رضي الله عنه، فإنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف من ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار[1].

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/180-181): حديث عثمان: أنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف على ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار، لم أجده هكذا.

وروى عبد الرزاق عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار: أن امرأة عبد الرحمن بن عوف أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم، في قصة الأصبغ بن عمرو الكلبي بدومة الجندل، وأنه أسلم لما عزاه عبد الرحمن بن عوف في حياة النبي صلى الله عليه وسلم، فكتب النبي صلى الله عليه وسلم أن يتزوج تماضر بنت الأصبغ، فتزوجها وهي أم أبي سلمة بن عبد الرحمن، روى ذلك الواقدي. وعنه ابن سعد في الطبقات، ثم روى عنه بإسناد آخر عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال: أصاب تماضر بنت الأصبغ ربع الثمن، فأخرجت بمائة ألف. وروى ابن سعد عن أبي نعيم عن كامل أبي العلاء عن أبي صالح قال: مات عبد الرحمن عن ثلاث نسوة، فأصاب كل واحدة مما ترك ثمانون ألفاً، ثمانون ألفاً. ومن طريق أيوب عن محمد أن عبد الرحمن =

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ فِضَّةً فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا أَوْ ذَهَبًا فَأَعْطَوْهُ فِضَّةً فَهُوَ جَائِزٌ) ويعتبر التقابض في المجلس؛ لأنه معتبر بالصرف، وإن افترقا قبل القبض بطل.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ الشَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذَلِكَ فَصَالَحُوهُ عَلَى فِضَّةٍ أَوْ ذَهَبٍ فَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ حَتَّى يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ الْمِيرَاثِ) احترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة؛ لأنه صرف في هذا القدر، وإن كان بدل الصرف عرضاً جاز مطلقا لعدم الربا.

وقوله: (فَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ) إنما يبطل الصلح على مثل نصيبه، أو أقل حال التصادق. أما إذا كانوا جاحدين أنها امرأة الميت، فالصلح جائز؛ لأن المعطى إنما هو لقطع المنازعة لا للمعاوضة، حتى لو كان ذهباً، فصالحوا عنه بذهب أقل منه جاز.

قوله: (وَإِنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَى النَّاسِ فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَى أَنْ يُخْرِجُوا الْمُصَالِحَ عَنْهُ وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُمْ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ) المصالح بكسر اللام، والضمير في عنه راجع إلى الدين؛ لأن فيه تمليك الدين لغير من هو عليه، وهو حصة المصالح.

وقوله: «فالصلح باطل»: أي في العين والدين.

قوله: (وَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ مِنْهُ وَلاَ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ الْمُصَالِحِ فَالصُّلْحُ جَائِزٌ)؛ لأنه إسقاط، أو هو تمليك الدين ممن هو عليه، وذلك جائز، وهذه حيلة الجواز.

وحيلة أخرى: أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين، وفي الوجهين ضرر بهم، والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه، ويصالحوه عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء.

=

توفي وكان فيما ترك أربع نسوة، وترك ذهباً قطع بالفئوس، حتى مجلت أيدي الرجال، فأخرجت منهن امرأة من ثمنها بثمانين ألفاً.

كتاب الهبة

الهبة[1] في اللغة: هي التبرع.

وفي الشرع: عبارة عن تمليك الأعيان بغير عوض.

وهي جائزة بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[2]. أي هنيئاً لا إثم فيه مريئاً لا ملامة فيه.

وقيل: الهنيء الطيب المساغ الذي لا ينغصه شيء، والمريء المحمود العاقبة الذي لا يضر ولا يؤذي وبالسنة، وهو قوله عليه السلام: «تهادوا تحابوا»[3].

قوله رحمه الله: (الْهِبَةُ تَصِحُّ بِالإِيجَابِ وَالْقَبُولِ) إنما قال تصح، وفي البيع ينعقد؛ لأن الهبة تتم بالإيجاب وحده، ولهذا لو حلف لا يهب، فوهب ولم يقبل الموهوب له حنث. أما البيع، فلا يتم إلا بهما جميعاً، حتى لو حلف لا يبيع فباع، ولم يقبل الآخر لا

---

(1) وهي عقد موضوعه تمليك الإنسان ماله لغيره مجاناً بلا عوض.

فمعطي المال؛ واهب. وقابله: موهوب له. والمال محل العقد: موهوب.

والهبة تقابل البيع من حيث أن كليهما يرد على تمليك الأعيان المالية. ولكن البيع تمليك بعوض، والهبة تبرع بلا عوض، كما تقابل الإعارة الإجارة في تمليك المنافع مجاناً أو بعوض.

ومن ثم كانت الهبة والإعارة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم لأنهما تبرع غير ملزم، وإنما يأخذ حكمه بالتنفيذ.

انظر: المدخل الفقهي العام (615/1).

(2) سورة النساء: 4.

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (183/2): حديث: «تهادوا تحابوا» البخاري في الأدب المفرد، والنسائي في الكنى والبيهقي في الشعب الحادي والستين من طريق ضمام، عن موسى ابن وردان، عن أبي هريرة. وأخرجه ابن عدي في ترجمة ضمام. وأخرجه الحاكم في علوم الحديث من وجه آخر، عن ضمام، عن أبي قبيل، عن عبد الله بن عمرو، قال الحاكم: «تحابوا» إن كان بالتشديد فمن المحبة، وإن كان بالتخفيف فمن المحاباة، ويشهد للأول حديث أم حكيم بنت وداع مرفوعاً: «تهادوا تزيدوا في القلب حبّاً». أخرجه البيهقي في الشعب.

وفي الباب عن ابن عمر في الترغيب للأصبهاني، وذكره ابن طاهر في الكلام على أحاديث الشهاب. وعن عائشة في الأوسط للطبراني في ترجمة مطين وغيره، وزاد: «وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً» الحديث. وفي الموطأ من مرسل عطاء الخراساني رفعه: «تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا، وتذهب الشحناء».

وفي الباب: حديث أبي هريرة رفعه: «تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر» الحديث أخرجه الترمذي. وحديث عائشة: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها، متفق عليه.

يحنث، فلهذا استعمل لفظ ينعقد في البيع.

قوله: (وَتَتِمُّ بِالْقَبْضِ) قال في الهداية: القبض لا بد منه لثبوت الملك؛ لأن الهبة عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم، فلا يصح.

قال في الينابيع: القبض يقوم مقام القبول، حتى إنه إذا قال له: وهبت لك عبدي هذا، والعبد حاضر فقبضه جاز إن لم يقل قبلت، وكذا لو كان العبد غائباً، فقال وهبته منك، فاذهب فاقبضه، ولم يقل قبلت، فذهب وقبضه جاز، ولو وهب الدين من الغريم، أو أبرأه منه لم يفتقر إلى القبول عند أبي حنيفة ويرتد بالرد.

وقال زفر: يقف على القبول، فإن وهب لرجل دينا على آخر، وأذن له في قبضه منه، فقبضه جاز استحساناً.

وفي شرحه: إذا كان له على رجل دين، فوهبه له لم يكن له أن يرجع فيه؛ لأن هبة الدين ممن هو عليه إسقاط له وبراءة منه، فلم يبق هناك عين يمكن الرجوع فيها، وإن قال الموهوب له مجيباً له: لا أقبلها، فالدين بحاله؛ لأنه رد للهبة، وإن كان الموهوب له غائباً، فلم يعلم بالهبة حتى مات جازت الهبة وبرئ عما كان عليه؛ لأن الهبة تنفرد بالواحد، فتتم بالإيجاب، وإنما تبطل بالرد، وقد فات الرد فبقيت.

قوله: (فَإِنْ قَبَضَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ جَازَ)، وهذا استحسان؛ لأن تمام الهبة بالقبض كما أن تمام البيع بالقبول والقبول لا يحتاج إلى إذن الموجب بعد الإيجاب، فكذا الهبة.

قوله: (وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الافْتِرَاقِ لَمْ يَصِحَّ إِلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ) أما إذا لم يأذن له؛ فلأن القبض في الهبة كالقبول، وذلك يختص بالمجلس لا بعده، فإذا قبض بعد ذلك لم يجز كما لو قبل بعد المجلس. وأما إذا أذن له، فالإذن تسليط منه على القبض، والتسليط يبقى بعد المجلس كالتوكيل، فإن كان الموهوب موجوداً في المجلس، فقال له: قد خليت بينك وبينه، فاقبض وانصرف الواهب وقبضه بعده جاز؛ لأن التسليط لا يبطل بعد الافتراق، وإن أذن له في قبضه بعد الافتراق، فلم يقبضه حتى عزله لم يصح قبضه بعد ذلك، فإن مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة، وكذا إذا مات الموهوب له. أما إذا مات الواهب، فلأن بموته زال ملكه وفات تسليطه كالموكل. وأما إذا مات الموهوب له، فلأنه لما مات قبل قبضه لم يكن مالكاً له، فلم يكن موروثاً عنه، ولهذا قالوا: إن الهبة ما لم تقبض، فهي على ملك الواهب، حتى إنه لو رجع فيها قبل قبضها صح رجوعه، ولو

وهب للعبد هبة، فالقبول إلى العبد، ولا يجوز قبول المولى له ولا قبضه له، ثم بعد ذلك يملكه المولي وللواهب أن يرجع، ولا يكون هذا كالخروج؛ لأن الملك للعبد لا يستقر، فصار كالوكيل، ولو قبل العبد الهبة، ولم يقبلها المولى صحت، ولو ردها العبد وقبلها المولى لم تصح، ولا يجوز قبض المولى، ولا قبوله لما وهب للعبد سواء كان على العبد دين، أو لم يكن.

قوله: (وَتَنْعَقِدُ الْهِبَةُ بِقَوْلِهِ وَهَبْتُك وَنَحَلْتُك وَأَعْطَيْتُك وَأَطْعَمْتُك هَذَا الطَّعَامَ وَجَعَلَتْ هَذَا الشَّيْءَ لَكَ) قال في الهداية: الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه، فإنه يراد به تمليك العين بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية؛ لأن عينها لا تطعم.

قوله: (وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ وَحَمَلْتُك عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى بِالْحُمْلاَنِ الْهِبَةَ)، وإن نوى العارية كانت عارية؛ لأنها تحتملهما، وإن قال: كسوتك هذا الثوب كان هبة؛ لأنه يراد به التمليك، قال الله تعالى: ﴿ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾[1]. ولو قال: منحتك هذه الجارية كانت عارية.

قال في الكرخي: إذا منحه بعيراً، أو شاة، أو ثوباً، أو داراً، فهي عارية، وإن منحه طعاماً، أو لبناً، أو دراهم، ففيه روايتان:

إحداهما: هبة.

والأخرى: قرض.

والأصل فيه: أن كل ما ينتفع به للسكنى، أو للبس، أو للركوب، فهو عارية؛ وكل ما لا ينتفع إلا بأكله، أو استهلاكه، ففيه روايتان.

قوله: (وَلاَ تَجُوزُ الْهِبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إِلاَّ مَحُوزَةً مَقْسُومَةً)، وكذا الصدقة، وتجوز فيما لا يقسم، ولا فرق في ذلك بين الشريك وغيره، يعني إذا وهب من شريكه لا يجوز.

ومعنى قوله: «لا تجوز»: أي لا يثبت الملك فيها؛ لأنها في نفسها وقعت جائزة، لكن غير مثبتة للملك قبل تسليمها محوزة، فإنه لو قسمها وسلمها مقسومة صحت.

قوله: (وَهِبَةُ الْمُشَاعِ فِي مَا لاَ يُقْسَمُ جَائِزَةٌ) كالعبد والثوب، وأشباه ذلك؛ لأن الإشاعة فيما لا يحتمل القسمة غير مؤثرة في الهبة بخلاف الرهن، فإنه لو رهن مشاعاً لا يجوز فيما يحتمل القسمة، وفيما لا يحتملها.

---

(1) سورة المائدة: 89.

قوله: (وَمَنْ وُهِبَ شِقْصًا مُشَاعًا فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ) اعلم أنه يحتاج في هذه المسألة إلى أصول ثلاثة:

أحدها: الفرق بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها.

والثاني: الشيوع المفسد هل هو المقارن أو الطارئ؟

والثالث: بيان العبرة في الشيوع هل هو لوقت القبض أو لوقت الهبة؟

أما الأول: إذا وهب له نصف درهم صحيح، أو نصف مثقال صحيح يجوز، هو الصحيح وجعل هذا بمنـــزلة مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن تبعيضه يوجب نقصاناً في ماليته.

وأما الثاني: فالمفسد هو الشيوع المقارن دون الطارئ حتى إن من وهب هبة، ثم رجع في بعضها لا يمنع صحتها، كذا في شاهان.

وفي الينابيع: إذا وهب له دارا فقبضها، ثم استحق بعضها بطلت الهبة.

والثالث: أن العبرة في الشيوع لوقت القبض، حتى لو وهب له نصف دار ولم يسلم حتى وهب له النصف الآخر وسلم جاز، وإنما لم تجز هبة المشاع فيما يقسم؛ لأن القبض منصوص عليه في الهبة، قال عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»[1]. فيشترط كمال القبض والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة.

وقوله: «فالهبة فاسدة»: أي لا يثبت الملك، فلو أنه وهب مشاعاً فيما يقسم وسلمه على الفساد، هل يثبت الملك ويقع مضموناً كما في البيع الفاسد أم لا؟

فيه اختلاف المشايخ، والمختار: أنه لا يثبت الملك، ويجب الضمان.

قوله: (فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ)؛ لأن تمامه بالقبض، وعنده لا شيوع، ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره لا يصح إلا إذا وقع عليه الفصل والتمييز، والقبض بإذن الواهب حينئذ يجوز استحساناً مثل أن يهب ثمراً على رؤوس النخل والشجر وخلى بينه وبينها من غير

---

(1) قـــال ابـــن حجر العسقلاني في الدراية (183/2): قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» لم أجده، وهو في آخر الوصايا من مصنف عبد الرزاق عن إبراهيم النخعي قوله.
وفي الـــباب: قول أبي بكر لعائشة: «وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت احتزتيه كان لـــك، وإنما هو اليوم مال الوارث» أخرجه مالك وعبد الرزاق، وفيه قول عمر: «ألا لا نحل إلا لمـــن حـــازه وقبضه»، أخرجه عبد الرزاق بإسناد صحيح. وروى عبد الرزاق: أن عمر بن عبد العزيز كتب بمعنى ذلك، قال سليمان بن موسى: أخذه من قصة أبي بكر.

فصل، فالهبة باطلة، فإن ميزه وفصله وأقبضه جاز استحساناً، والقياس لا يجوز، وهو قول زفر، فإن فصله الموهوب له وقبضه بغير إذن الواهب لم يصح قياساً واستحساناً سواء كان الفصل، والقبض بحضرته، أو بغير حضرته، وكذا إذا وهب الأشجار دون الأرض، أو الزرع دون الأرض، ولو وهب داراً فيها متاع للواهب وسلم الدار إليه، أو سلمها مع المتاع لم يصح؛ لأن الدار مشغولة بالمتاع والفراغ شرط لصحة التسليم.

والحيلة فيه: أن يودع المتاع أولاً عند الموهوب له، ويخلي بينه وبينه، ثم يسلم الدار إليه فيصح؛ لأنها مشغولة بمتاع هو في يده وبعكسه، لو وهب المتاع دون الدار وخلى بينه وبينه صح؛ لأن المتاع لا يكون مشغولاً، وإن وهب له الدار والمتاع جميعاً وخلى بينه وبينهما صح فيهما جميعاً، وإن وهب أحدهما وسلم، ثم وهب الآخر وسلم إن قدم هبة الدار، فالهبة فيها لا تصح، وفي المتاع تصح، وإن قدم هبة المتاع صح فيهما جميعاً؛ لأن الدار وقت تسليمها كانت مشغولة بمتاع الموهوب له، فلا يمنع القبض.

قوله: (**وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ أَوْ دُهْنًا فِي سِمْسِمٍ فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ لَمْ يَجُزْ**)؛ لأن الموهوب معدوم، والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلاً، فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف المشاع؛ لأن المشاع محل للتملك، ولهذا يجوز بيع المشاع وبيع الدقيق في الحنطة، والدهن في السمسم لا يجوز بيعه، فكذا هبته.

قال في الهداية: وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والثمر في النخل بمنـــزلة المشاع؛ لأن امتناع الجواز للاتصال، وذلك يمنع القبض كالشائع، فإن أذن للموهوب له في القطع والقبض جاز، وجعل في الكرخي اللبن في الضرع بمنـــزلة هبة الدهن في السمسم قال فيه.

ولو وهب ما في بطن جاريته، أو ما في بطون غنمه، أو ما في ضروعها من اللبن، أو دهناً في سمسم وسلطه على قبضه عند الولادة، أو عند استخراجه لم يجز؛ لأن الموهوب لم يصح العقد عليه، فلا تجوز هبته كما لا يجوز بيعه، قال: وليس كذلك هبة المشاع إذا قسم؛ لأنه يجوز العقد عليه حتى يجوز بيعه.

قوله: (**وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالْهِبَةِ، وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فِيهَا قَبْضًا**)؛ لأنها في قبضه، والقبض هو الشرط.

والأصل: أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون، بيانه: إذا كان الشيء مغصوباً في يده، أو مقبوضاً بالبيع الفاسد، ثم باعه منه بيعاً صحيحاً جاز، ولا

يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبضين، وكذا إذا كان عارية، أو وديعة، فوهبه له لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاقهما؛ لأن كلاهما أمانة، ولو كان مغصوباً في يده أو مقبوضاً بالعقد الفاسد، فوهبه من صاحب اليد لا يحتاج إلى قبض آخر، وإن كان وديعة، أو عارية، فباعه منه، فإنه يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن المضمون.

وقوله: «وإن لم يجدد فيها قبضاً»: يعني إذا كانت في يده وديعة، أو عارية، أو مغصوبة، أو مقبوضة بالعقد الفاسد. أما إذا كانت رهناً، فإنه يحتاج إلى تجديد القبض وروي أنه لا يحتاج.

قوله: (وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الابْنُ بِالْعَقْدِ)؛ لأنها في قبض الأب، فينوب عن قبض الهبة، ولا فرق بين ما إذا كانت في يده، أو في يد مودعه؛ لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً، أو مغصوباً، أو مبيعاً بيعاً فاسداً؛ لأنه في يد غيره، أو في ملك غيره، وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له، وكذا كل من يعوله. وينبغي للأب أن يعلم أنه وهب له، أو يشهد عليه كي لا يجحد هو، أو غيره؛ لأنه لا يعلم زوال ملكه إلا بذلك.

قوله: (فَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً تَمَّتْ بِقَبْضِ الأَبِ)؛ لأن له عليه ولاية، فإن لم يكن الأب حياً فقبضه له أجنبي إن كان يعوله جاز وإلا فلا، وكذا إذا كان القابض له أخاً أو عماً، أو خالاً، فالقبض لمن يعوله دون غيره، وإن دفعها الواهب إلى الصبي إن كان يعقل جاز وإلا فلا، وإن وهب للصغيرة هبة، ولها زوج إن كانت قد زفت إليه جاز قبضه لها، وإن كانت لم تزف لم يجز؛ لأن الأب إذا نقلها معه إلى منـــزله، فقد أقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من باب الحفظ، ولكن بهذا لا تنعدم ولاية الأب حتى إذا قبض لها الأب صح. وإن قبضت هي لنفسها صح إذا كانت تعقل ويملك الزوج القبض لها مع حضرة الأب بخلاف الأم وكل من يعولها غير الزوج، فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب، أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح؛ لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضور الأب لا ضرورة، وإن أدركت لم يجز قبض الأب ولا الزوج عليها إلا بإذنها؛ لأنها صارت ولية نفسها.

قوله: (وَإِذَا وُهِبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةٌ فَقَبَضَهَا لَهُ وَلِيُّهُ جَازَ) وهو وصي أبيه، أو جده، أو وصي جده، أو القاضي، أو من نصبه القاضي.

قال في النهاية: لا يجوز قبض الهبة للصغير إلا بأربعة وهم هؤلاء المذكورون. أما من سواهم من الأقارب لا يجوز إلا إذا كان يعوله كالأجنبي.

قوله: (وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ)؛ لأن لها الولاية فيما ترجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابه، وهذا إذا كان الأب ميتاً، أو غائباً غيبة منقطعة.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ)؛ لأن له عليه يداً معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينتزعه من يده، وهذا مع عدم الأربعة الذين ذكرناهم، وهذا إذا كان الأجنبي هو الواهب، فأعلمها وأبانها جاز.

قوله: (وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الْهِبَةَ لِنَفْسِهِ جَازَ) يعني إذا كان يعقل؛ لأنه نفع في حقه.

قوله: (وَإِنْ وَهَبَ اثْنَانِ لِوَاحِدٍ دَارًا جَازَ)؛ لأنهما سلماها جملة واحدة، وهو قبضها جملة واحدة، فلا شيوع.

قوله: (وَإِنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَصِحُّ)؛ لأن هذه هبة الجملة منهما؛ إذ التمليك واحد، فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين.

وله: أن هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم كالعبد والجارية، فقبل أحدهما يصح؛ ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف، فيكون التمليك كذلك؛ لأن حكمه بخلاف الرهن؛ لأن حكمه الحبس وهو يثبت لكل واحد منهما كاملاً، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن، ثم إذا كانت لا تجوز لو قسم وسلم إلى كل واحد منهما حصته جاز.

وقال زفر: لا يجوز؛ لأنه وقع في الابتداء فاسداً، فلا ينقلب جائزاً إلا بالاستئناف، وإن قال: وهبتها لكما لأحدكما ثلثاها، وللآخر ثلثها لم يصح عندهما.

وقال محمد: يصح، وإن قال: وهبتها منكما لكل واحد نصفها لم يصح عند أبي حنيفة.

وقال محمد: يصح.

وعن أبي يوسف: روايتان إحداهما مثل قول أبي حنيفة، والثانية: مثل قول محمد.

وأما إذا وهب واحد من اثنين شيئاً لا ينقسم كالعبد ونحوه، فإنه يجوز إجماعاً هذا كله حكم الهبة.

وأما الصدقة: قال في الجامع الصغير: إذا تصدق على فقيرين بعشرة دراهم، أو وهبها لهما جاز، وإن تصدق بها على غنيين، أو وهبها لهما لم يجز، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز للغنيين أيضاً؛ لأن الصدقة والهبة كلاهما تمليك بغير بدل. وأبو حنيفة فرق بينهما في الحكم، فقال: الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له، والهبة

يراد بها وجه الغني، وهما اثنان، وهذا هو الصحيح؛ لأن الصدقة على الغني هبة، والهبة للفقير صدقة.

قال الخجندي: إذا وهب من اثنين إن كانا فقيرين جاز بالإجماع كالصدقة والصدقة تقع لواحد، وهو الله سبحانه وتعالى، وإن كانا غنيين لا تجوز عند أبي حنيفة وعندهما تجوز.

وأما الصدقة على الغنيين، فإنها لا تجوز؛ لأن الصدقة على الغني هبة.

{موانع الرجوع في الهبة}

قوله: (وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لأَجْنَبِيٍّ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا إِلاَّ أَنَّهُ يُكْرَهُ) لقوله عليه السلام: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»[1]، وهذا لاستقباحه قوله (إِلاَّ أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا) فإذا عوضه سقط الرجوع لقوله عليه السلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها»[2] أي ما لم يعوض عنها، ولأنه إذا قبض العوض، فقد سلم له بدلها، فلا يرجع كالبيع، ويعتبر في العوض ما يعتبر في الهبة من اشتراط القبض، وعدم الإشاعة وسواء كان العوض قليلاً أو كثيراً من جنس الهبة، أو من غير جنسها، وسواء دفع العوض في العقد، أو بعده.

وصورته: أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول: خذ هذا عوضاً عن هبتك، أو مكافأة عنها، أو بدلها، أو في مقابلتها، أو مجازاة عليها، أو ثوابها وما أشبه ذلك، فإنه عوض في هذا كله إذا سلمه وقبضه الواهب. أما لو وهب له هبة ولم يقل له شيئاً من هذه الألفاظ، ولم يعلم أنها عوض عن هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته إذا لم يحدث في الموهوب ما يمنع الرجوع، وليس للمعوض أن يرجع في العوض؛

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (184/2): حديث: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»، وفي نسخة: «كالكلب يعود في قيئه» متفق عليه باللفظين. الأول من رواية سعيد بن المسيب، عن ابن عباس، والثاني من رواية طاوس عنه.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (184/2): حديث: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» ابن ماجه والدارقطني وابن أبي شيبة من حديث أبي هريرة، وفي إسناده ضعف. وفي الباب: عن ابن عباس أخرجه الطبراني والدارقطني بإسنادين ضعيفين. وعن ابن عمر أخرجه الحاكم والدارقطني، وإسناده صحيح إلا أن البيهقي قال: غلط فيه عبيد الله بن موسى، عن حنظلة، عن سالم عنه، والصواب رواية ابن وهب، عن حنظلة، عن سالم، عن ابن عمر، عن عمر قوله. وهكذا قال ابن عيينة عن عمرو، عن سالم. وروى عبد الرزاق، عن الثوري، عن منصور، عن إبراهيم قال: «من وهب هبة لذي رحم، فليس له أن يرجع فيها، ومن وهب هبة لغير ذي رحم، فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب منها».

لأنه سلم له ما في مقابلته، وهو سقوط الرجوع، وإن عوضه عن نصف الهبة كان له أن يرجع في النصف الآخر، ولا يرجع في الذي عوضه عنه، وإن عوضه بعض ما وهب له عن باقيها لم يكن عوضاً كما إذا وهب له مائة درهم، فعوضه درهماً منها لم يكن عوضاً وكان للواهب الرجوع في المائة. وكذا إذا وهبه داراً وعوضه شيئاً منها.

وقال زفر: يكون عوضاً؛ لأن ملك الموهوب له، قد تم في الهبة، والتحق بسائر أمواله، وسائر أمواله تصح عوضاً، فكذا هذا إلا أنا نقول: مقصود الواهب بهذا لم يحصل؛ لأنا نعلم أنه لم يهب مائة في تحصيل درهم منها، ألا ترى أنها كانت كلها في يده.

قال في شرحه: إذا وهب له جاريتين، فولدت إحداهما في يد الموهوب له، فعوضه الولد عنها لم يكن له أن يرجع فيهما؛ لأنه عوضه ما ليس له حق الرجوع فيه، فصار ذلك عوضا فمنع الرجوع.

قوله: (أَوْ يَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً) بأن كانت جارية هزيلة فسمنت، أو داراً فبنى فيها، أو حفر فيها بئراً، أو ثوباً فصبغه بعصفر، أو قطعه وخاطه قميصاً، فإن في جميع ذلك لا رجوع له؛ لأنه لا وجه له إلى الرجوع في الهبة دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد، ولو وهب له جارية، فحبلت في يد الموهوب له لم يكن له أن يرجع فيها قبل انفصال الولد؛ لأنها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة، وإن وهب له جارية حاملاً، أو بهيمة حاملاً، فرجع فيها قبل الوضع إن كان رجوعه قبل أن تمضي مدة يعلم فيها زيادة الحمل جاز وإلا فلا. وإن وهب له بيضاً فصار فروخاً ليس له أن يرجع في ذلك، وإن وهب له جارية، فوطئها الموهوب له. قال بعضهم: له أن يرجع فيها ما لم تحبل، وقال بعضهم: لا رجوع له؛ لأنه قد تعلق بوطئه حكم، ألا ترى أن الواهب لو كان أباً للموهوب له من الرضاعة حرم عليه وطؤها، والأصح أن له الرجوع.

وقيد بالزيادة؛ لأنها إذا انتقصت بفعل الموهوب له، أو بغير فعله لا يمنع الرجوع وليس على الموهوب له أرش النقصان.

وقيد بالمتصلة؛ لأن في المنفصلة يملك الرجوع في الأصل دون الزيادة كما إذا وهب جارية، فولدت في يد الموهوب له، فإن للواهب أن يرجع في الجارية دون الولد؛ لأن العقد في الأم لا يستتبع الولد بدليل أنه لو وهب له جارية، فولدت قبل القبض، فإن الولد لا يلحق بالعقد، فلهذا كان له الرجوع فيها دون الولد؛ ولأنه حدث على ملك الموهوب له، وكذا في جميع الحيوانات والثمار.

وقال أبو يوسف: وإنما يرجع في الأم إذا استغنى الولد عنها. وكذا إذا وهب له عبداً، فاكتسب كسبا كان له الرجوع في العبد دون الكسب، وكذا إذا وهب له جارية،

فقطعت يدها وأخذ أرشها، فله أن يرجع في الجارية دون الأرش؛ لأن الأرش منفصل عنها لم يقع عليه عقد الهبة، ولو وهب له جارية عجمية فعلمها الكلام والكتابة والقرآن، فله الرجوع فيها خلافاً لمحمد، كذا في النهاية.

وفي قاضيخان: لا يرجع لحدوث الزيادة في العين، ولو وهب له عبداً كافراً، فأسلم، فلا رجوع له؛ لأن الإسلام زيادة فيه، ولو وهب له وصيفاً فشب وكبر ثم صار شيخاً فلا رجوع له؛ لأنه حين زاد سقط الرجوع، فلا يعود بعد ذلك، ولو زاد الموهوب زيادة في نفسه تورث نقصاناً فيه، فإنه لا يمنع الرجوع كما إذا طال طولاً فاحشاً ينقصه في ثمنه؛ لأنه ليس بزيادة في الحقيقة، ولو وهب له سويقاً فلته بالماء، فله الرجوع؛ لأن هذا نقصان كما إذا وهب له حنطة فبلها بالماء بخلاف ما إذا وهب له ترابا فبله بالماء حيث لا يرجع؛ لأن اسم التراب لا يبقى بعد البل؛ لأنه يسمى طيناً بخلاف السويق، والحنطة كذا في الواقعات، وإن كانت الزيادة في سعر لم تمنع الرجوع.

قال في الهداية: فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء، فأنبت في ناحية منها نخلاً، أو بنى فيها بناء، فليس له أن يرجع في شيء منها؛ لأن هذه زيادة متصلة، وإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي، وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها؛ لأن له أن يرجع في كلها، فكذا في نصفها بطريق الأولى.

قوله: (أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ)؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، فصار كما إذا انتقل في حياته، وإن مات الواهب، فوارثه أجنبي عن العقد؛ لأنه ما أوجبه.

قوله: (أَوْ تُخْرَجَ الْهِبَةُ مِنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ)؛ لأن الخروج حصل بتسليطه وسواء أخرجت ببيع، أو هبة، أو غير ذلك، ولو أخرج بعضها عن ملكه، فله الرجوع فيما بقي دون الزائل. ولو وهبها الموهوب له لآخر، ثم رجع فيها كان للأول أن يرجع فيها.

قوله: (وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَلاَ رُجُوعَ فِيهَا) هذا إذا كان قد سلمها إليه. أما قبل ذلك فله الرجوع، وهذا أيضاً إذا كان حرّاً. أما إذا وهب لأخيه وهو عبد فقبضها، فله الرجوع؛ لأن الهبة لم تحصل صلة للرحم؛ لأنه لا ينتفع بها ولا يجوز تصرفه فيها، وإن وهب لعبد أخيه وقبضها، فله الرجوع عند أبي حنيفة؛ لأنها حصلت للعبد، وعندهما: لا رجوع له؛ لأن العبد وما في يده لمولاه، فصار بالرجوع يفسخ ملك أخيه، وهذا لا يصح.

ولأبي حنيفة: أن الهبة حصلت للعبد والمولى لا يملك شيئاً منها بالعقد، وإنما يملكها من جهة العبد بدليل أن الشيء ينتقل إلى العبد أولاً، ثم يملكه المولى من جهته يدل عليه أن العبد لو قبلها ولم يقبلها المولى صحت، ولو ردها العبد وقبلها المولى لم تصح، ولو كان على العبد دين بيعت في دينه.

قوله: (وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَهُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ)؛ لأن المقصود بها صلة الرحم؛ لأن الزوجية أجريت مجرى القرابة بدليل أنه يحصل بها الإرث في جميع الأحوال، وإنما ينظر إلى هذا وقت الهبة حتى لو تزوجها بعدما وهب لها، فله الرجوع؛ لأن العقد أوجب له الرجوع قبل التزويج، فكذا بعده، وإن أبانها بعدما وهب لها والعين باقية في يدها، فلا رجوع له؛ لأن العقد وقع غير موجب للرجوع، وإن وهب لذي رحم غير محرم، أو محرم غير رحم جاز له الرجوع فيما وهب له.

قوله: (وَإِذَا قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِك أَوْ بَدَلاً مِنْهَا أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا فَقَبَضَهُ الْوَاهِبُ سَقَطَ الرُّجُوعُ) وله أن يرجع في العوض قبل أن يقبضه الواهب؛ لأنه لا يتم إلا بالقبض.

قوله: (وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ الْمَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَ الْعِوَضَ سَقَطَ الرُّجُوعُ)؛ لأن العوض لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح، وليس للمتبرع أن يرجع على الموهوب له فيما تبرع به من العوض إذا قبضه الواهب؛ لأنه قد حصل له في مقابلته إسقاط حق الواهب من الرجوع، فصار كالهبة بعوض.

فإن قيل: ما الفائدة في قوله متبرعاً، والحكم في غير المتبرع يبطل الرجوع بأن أمره الموهوب له بالتعويض، فعوضه بشرط أن يضمنه الموهوب له؟

قلنا: الحكم في ذلك بطريق الأولى، فإنه لما بطل بتعويض المتبرع، فأولى أن يبطل بتعويض غير المتبرع.

قال في النهاية: هنا مسألة لا بد من معرفتها، وهي أن الأجنبي إذا عوض الواهب عن هبته لا يرجع على الموهوب له سواء كان بأمره، أو بغير أمره ما لم يضمن له صريحاً بأن يقول: عوضه عني على أني ضامن بخلاف قضاء الدين، فإنه إذا أمر إنسانا بقضاء دينه فقضاه، فإنه يرجع عليه من غير شرط ضمان الآمر. والفرق أن هنا التعويض لم يكن مستحقاً على الموهوب له، وإنما أمره أن يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت الرجوع من غير ضمان. وأما الدين فهو مطالب به، فقد أمره أن يسقط عنه المطالبة بمال مستحق عليه.

قوله: (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ)؛ لأنه لم يسلم له ما يقابل نصف العوض، وهذا فيما لا يحتمل القسمة. وأما فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل في الباقي، ويرجع بالعوض.

قوله: (وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعِوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْهِبَةِ إِلاَّ أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ مِنْ الْعِوَضِ ثُمَّ يَرْجِعَ فِي الْهِبَةِ) إلا أن يزيد زيادة متصلة.

وقال زفر: يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر.

ولنا: أن ما بقي من العوض يصلح أن يكون عوضاً للكل من الابتداء، إلا أنه يتخير؛ لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، فإذا لم يسلم له، فله أن يرده ويرجع فيما وهب، وإن وهب له داراً فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض عنه.

وقد جمع بعض المشايخ الموانع في قوله:

ومانع عن الرجوع في الهبة　　　يا صاحبي حروف دمع خزقه

فالدال الزيادة، والميم موتهما أو أحدهما، والعين العوض، والخاء الخروج من ملك الموهوب له، والزاي الزوجية، والقاف القرابة، والهاء هلاك الموهوب.

مسألة: رجل وهب لرجل تمراً ببغداد، فحمله الموهوب له إلى بلخي، فلا رجوع للواهب فيه، وكذا إذا وهب له جارية في دار الحرب، فأخرجها إلى دار الإسلام، فلا رجوع فيها، كذا في الواقعات.

ولو أن مريضاً وهب لرجل جارية، فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب، وعليه دين مستغرق ترد الهبة، ويجب على الموهوب له العقر، هذا هو المختار ذكره في الواقعات أيضاً.

قوله: (وَلاَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ)؛ لأنه مختلف فيه بين العلماء، فلا بد من الرضا، أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبداً، فأعتقه الموهوب له قبل قبض الراجع في الهبة نفذ عتقه، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء إلا أن يمنعه بعد ما طلبه؛ لأنه تعدى وإذا لم يقبض الواهب الهبة بعد الفسخ، حتى هلكت في يد الموهوب له هلكت أمانة؛ لأن القبض للهبة لا يتعلق به ضمان، فإذا انفسخ عقدها بقي العقد على ما اقتضاه العقد غير موجب للضمان ولا تضمن إلا بما يضمن به الأمانات من التعدي، ولو أن العبد الموهوب نقص، أو جني عليه فيما دون النفس، فأخذ الموهوب له أرشه، فليس للواهب أن يرجع عليه بالأرش، ولا أن

يضمنه شيئاً من النقصان، وإنما له أن يرجع في العبد خاصة ناقصاً؛ لأن الأرش زيادة لم يقع عليها العقد، فلا يجوز أن يقع عليها الفسخ.

وقوله: «إلا بتراضيهما»: حتى لو وهب له ثوباً فقبضه الموهوب له، ثم اختلسه منه الواهب واستهلكه ضمن قيمته للموهوب له؛ لأن الرجوع لا يصح إلا بتراضيهما، أو بحكم الحاكم، ولم يوجد واحد منهما، كذا في الينابيع.

وألفاظ الرجوع: رجعت في هبتي، أو رددتها إلى ملكي، أو أبطلتها، أو نقضتها، فإن لم يتلفظ بذلك لكنه باعها، أو رهنها، أو أعتق العبد الموهوب، أو دبره لم يكن ذلك رجوعاً.

وكذا لو صبغ الثوب، أو خلط الطعام بطعام نفسه لم يكن رجوعاً. ولو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد ارتجعتها لم يصح؛ لأن الفسوخ لا تقبل التعليق إذا كان فيها معنى التمليك، وإذا اتفقا على الرجوع في موضع لا يصح الرجوع فيه كالهبة للأرحام وشبهه جاز، ثم إذا انفسخت الهبة بحكم الحاكم، أو بالتراضي عادت إلى ملك الواهب والقبض، لا يعتبر في انتقال الملك كما لا يعتبر في البيع.

قوله: (وَإِذَا تَلِفَتْ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ أَوْ اسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ فَضَمِنَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِشَيْءٍ)؛ لأن الواهب لم يوجب للموهوب له سلامة العين الموهوبة؛ ولأنه حصل له ملكها بغير عوض، فإذا استحقت لم يرجع على من ملكه كما لو ورثها، فاستحقت لم يرجع في مال الوارث بقيمتها كذا هذا، وكذا المستعير لا يرجع على المعير بشيء؛ لأنه عقد تبرع، فلا يستحق فيه السلامة.

قوله: (وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ الْعِوَضِ اُعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي الْعِوَضَيْنِ)؛ لأن العوض هبة مبتدأة، وما لم يتقابضا لكل واحد منهما أن يمنع صاحبه ويبطل بالشيوع، ولا تصح من الأب في مال ابنه الصغير يعني إذا وهب للصغير هبة، فعوض الأب عنها من مال الصغير لم يجز تعويضه، وإن كانت الهبة بشرط العوض؛ لأنه يصير بذلك متبرعاً ودفع مال الصغير على وجه التبرع لا يجوز.

قال الخجندي: الهبة بشرط العوض هبة في الابتداء بيع في الانتهاء، فاللفظ لفظ الهبة والمعنى معنى البيع. فقوله: «هبة في الابتداء» يعني إذا كان مشاعاً لا يجوز، ولا يقع الملك فيها إلا بالقبض بخلاف البيع. وقوله: «بيع في الانتهاء»: وهو أنهما إذا تقابضا كان لكل واحد منهما الرد بالعيب وخيار الرؤية، وتجب فيها الشفعة.

وقال زفر: الهبة بشرط العوض كالبيع ابتداء وانتهاء.

قوله: (فَإِذَا تَقَابَضَا صَحَّ الْعَقْدُ وَصَارَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَتَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ)، وكذا يرجع عند الاستحقاق؛ لأنه بيع انتهاء.

وقال زفر: هو بيع ابتداء وانتهاء.

قال في النهاية: والخلاف فيما إذا ذكر التعويض فيه بكلمة على أما بحرف الباء بأن قال: وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا، أو بألف وقبل الآخر، فإنه يكون بيعاً ابتداء وانتهاء إجماعاً.

قوله: (وَالْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعَمَّرِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِ مَوْتِهِ) ومعناه أن يجعل داره له عمره وإذا مات يردها عليه، فيصح التمليك ويبطل الشرط والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وفي الينابيع: صورة العمرى: أن يقول: جعلت داري هذه لك عمري، أو جعلتها لك عمرك، أو هي لك حياتك، فإذا مت فهي رد علي فهذه الألفاظ كلها هبة وهي له ولورثته من بعده، والشرط باطل وإذا كانت هبة اعتبر فيها ما يعتبر في الهبة ويبطلها ما يبطل الهبة.

قوله: (وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) وصورتها: أرقبتك هذه الدار وهي من المراقبة، وهي الانتظار. ومعناها: إن مت قبلك فهي لك، وإن مت قبلي عادت إلي، فإذا سلمها إليه على هذا تكون عارية عندهما: يجوز له أخذها متى شاء.

وقال أبو يوسف: هي هبة صحيحة؛ لأن قوله داري لك تمليك.

وقوله: «رقبى» شرط فاسد، ولو قال داري رقبى لك، أو حبيس لك كانت عارية إجماعاً. وإذا وهب هبة وشرط فيها شرطاً فاسداً، فالهبة جائزة، والشرط باطل كمن وهب لرجل جارية، واشترط عليه أن لا يبيعها، أو أن يتخذها أم ولد، أو يردها عليه بعد شهر، فالهبة جائزة، وهذه الشروط باطلة؛ لأنه لا يقتضيها العقد.

والأصل في هذا: أن كل عقد من شرطه القبض، فإن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن.

وفي الهداية: الرهن يبطل بالشرط، والذي يفسده الشرط البيع والإجارة والرجعة والإبراء عن الدين والحجر على المأذون وعزل لوكيل في رواية الخجندي: والذي لا يبطل بالشرط الطلاق والعتاق والخلع والرهن، وفي رواية: والهبة والوصاية والوصية والكفالة والحوالة والإقالة وإذن العبد في التجارة.

قوله: (وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلاَّ حَمْلَهَا صَحَّتْ الْهِبَةُ وَبَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ) أي صحت في

الجارية والولد، وإن أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الأم، ولو دبره ثم وهبها لم تجز؛ لأن الحمل باق على ملكه ولا يمكن تنفيذ الهبة فيها لمكان التدبير، فيقع هبة المشاع، أو هبة شيء مشغول بملك الواهب.

وأما في البيع والإجارة والرهن إذا عقد فيه على الأم دون الحمل، فإنه يبطل العقد والاستثناء جميعاً.

وصورته في الإجارة: إذا استأجر الأم إلا ولدها لم تصح ومن له على آخر ألف درهم، فقال إذا جاء غد، فهي لك أو أنت بريء منها وإذا أديت إلي النصف، فأنت بريء من النصف الباقي، فهذا كله باطل؛ لأن الإبراء تمليك، والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق، فلا يتعداها.

قوله: (وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ لاَ تَصِحُّ إِلاَّ بِالْقَبْضِ)؛ لأنها تبرع كالهبة.

قوله: (وَلاَ تَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ)؛ لأنها كالهبة.

وصورته: إذا تصدق على غنيين بشيء يحتمل القسمة لم يجز أما إذا تصدق على فقيرين بذلك جاز بخلاف الهبة، وقد بينا ذلك.

قوله: (وَلاَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي الصَّدَقَةِ بَعْدَ الْقَبْضِ)؛ لأنه قد كمل فيها الثواب من الله تعالى، وكذا إذا وهب للفقير؛ لأن الثواب قد حصل. وأما إذا تصدق على غني، فالقياس أن له الرجوع؛ لأن المقصود بها العوض كالهبة إلا أنهم استحسنوا، فقالوا: لا رجوع فيها؛ لأنه عبر عنها بالصدقة، ولو أراد الهبة لعبر بلفظها، ولأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء، ألا ترى أن من له نصاب، وله عيال لا يكفيه ذلك، ففي الصدقة عليه ثواب، فلهذا لم يرجع فيها.

قوله: (وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِجِنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ) والقياس: أن يلزمه التصدق بجميع ماله؛ لأن المال عبارة عما يتمول كما أن الملك عبارة عما يتملك.

ولو نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بجميع ما يملك فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن النذور محمولة على أصولها في الفروض، والمال الذي يتعلق به فرض الصدقة هو بعض ما يملكه بدلالة الزكاة، فعلى هذا يجب أن يتصدق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه؛ لأن ذلك مما يتعلق به الزكاة إذا انضم إليه غيره، فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا: إذا نذر أن يتصدق بماله، وعليه دين يحيط به لزمه أن يتصدق به، فإن قضى به دينه لزمه أن

يتصدق بمثله؛ لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة، وإن لم تكن واجبة ولا يلزمه أن يتصدق بدور السكنى وثياب البدن وعبيد الخدمة والأثاث والعوامل والعروض التي ليست للتجارة؛ لأن هذه الأشياء لا زكاة فيها، وإن نوى بهذا النذر جميع ما يملك دخل جميع ذلك في نذره؛ لأنه شدد على نفسه، ولو كان ثمرة عشرية، أو غلة عشرية تصدق بها إجماعاً.

قوله: (**وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ**)؛ لأن الملك عبارة عما يتملك، وذلك يتناول جميع ما يملكه، ويروى أنه والأول سواء كذا في الهداية.

ومن قال: مالي في المساكين صدقة، فهو على ما فيه الزكاة، وإن أوصى بثلث ماله، فهو على كل شيء.

والقياس في مسألة الصدقة أن يلزمه التصدق بالكل، وهو قول زفر لعموم اسم المال كما في الوصية.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله، فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال.

أما الوصية فهي أخت الميراث، فلا تختص بمال دون مال، ولو قال: ما أملكه صدقة في المساكين، فقد قيل: يتناول الكل؛ لأنه أعم من لفظ المال، والصحيح أنهما سواء ذكره في الهداية في مسائل القضاء.

قوله: (**وَيُقَالُ لَهُ أَمْسِكْ مِنْهُ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِك وَعِيَالِك إلَى أَنْ تَكْتَسِبَ مَالاً فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالاً قِيلَ لَهُ تَصَدَّقْ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكْت**)؛ لأنا لو ألزمناه أن يتصدق بجميع ماله في الحال أضررنا به؛ لأنه يحتاج إلى أن يتصدق عليه، ويمكنه أن يتوصل إلى إيفاء الحقين من غير إضرار بما ذكر في الكتاب، وإنما لم يقدر للذي يمسكه قدراً معلوماً لاختلاف أحوال الناس في ذلك.

وفي الجامع الكبير: إذا كان ذا حرفة أمسك قوت يومه، وإن كان ذا غلة أمسك قوت شهر، وإن كان صاحب ضيعة أمسك قوت سنة، وإن كان تاجراً أمسك إلى حين يرجع إليه ماله.

مسألة: رجل قال لآخر على وجه المزاح: هب لي هذا الشيء، فقال: وهبته لك، فقال: قبلت، وسلم الهبة جاز لما روي أن عبد الله بن المبارك مر على قوم يضربون في طنبور، فقال لهم: هبوا لي هذا حتى تروا كيف أضرب؟ فدفعوه إليه فضرب به الأرض فكسره، وقال: أرأيتم كيف ضربت؟ قالوا: خدعتنا أيها الشيخ، وإنما قال: ذلك تحرزاً

عن قول أبي حنيفة في وجوب الضمان.

مسائل من الواقعات وغيرها: رجل بعث إليه بهدية في إناء، أو في ظرف هل يباح له أن يأكلها في ذلك الإناء؟ إن كان ثريداً أو نحوه يباح له؛ لأنه مأذون له في ذلك دلالة؛ لأنه إذا حوله إلى إناء آخر ذهبت لذته، وإن كان فاكهة، أو نحوها إن كان بينهما انبساط يباح له أيضاً، وإلا فلا. وقيل: إذا بعث بها في ظرف، أو إناء من العادة ردهما لم يملكهما كالقصاع والجراب وشبه ذلك، فلا يسعه أن يأكلها فيه، وإن كان من العادة أن لا يرد الظرف كقواصر التمر ملك الظرف ولا يلزمه رده.

رجل كتب إلى آخر كتاباً، وذكر فيه اكتب الجواب على ظهره لزمه رده وليس له التصرف فيه وإلا ملكه المكتوب إليه عرفاً رجل دعا قوماً على طعام، وفرقهم على أخونة ليس لأهل خوان أن يتناولوا من خوان آخر؛ لأنه إنما أباح لهم خوانهم دون غيره، وكذا ليس لأهل خوان أن يناولوا أهل خوان آخر من طعامهم؛ لأنه إنما أبيح لهم خاصة، فإن ناولوهم لم يجز لهم أن يأكلوه رجل كان ضيفاً عند إنسان لا يجوز له أن يعطي سائلاً؛ لأنه لم يؤذن له في ذلك، ولا أن يعطي بعض الخدم الذي هو قائم على رأس المائدة ولا هرة لغير صاحب البيت، فإن كانت هرة صاحب البيت جاز استحساناً، وإن كان عنده كلب لصاحب البيت لا يجوز أن يعطيه؛ لأنه لا إذن له فيه عادة، فإن ناوله الخبز المحترق وسعه ذلك؛ لأن فيه الإذن عادة.

رجل مات، فبعث رجل إلى ابنه بثوب ليكفنه فيه هل يملكه الابن حتى يكون له أن يكفنه في غيره ويمسكه لنفسه إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه، أو ورع؟ فإن الابن لا يملكه وإن كفنه في غيره وجب عليه رده على صاحبه، وإن لم يكن كذلك جاز للابن أن يصرفه إلى حيث أحب المبرئ من الدين إذا سكت جاز، وإن قال: لا أقبل بطل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الوقف

الوقف[1] في اللغة: هو الحبس، يقال: وقفت الدابة، وأوقفتها، أي حبستها.

وفي الشرع: عبارة عن حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة بمنـــزلة العارية، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو عبارة عن حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه تصل المنفعة إلى العباد، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى، فيلزم، ولا يباع، ولا يرهن، ولا يورث.

قال رحمه الله: (**لاَ يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْ الْوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ**) يعني المولى. أما المحكم ففيه خلاف المشايخ، والأصح: أنه لا يصح وطريق الحكم في ذلك أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع فيه محتجاً بعدم اللزوم، فيتخاصمان إلى القاضي فيقضي بلزومه، وكذا إذا أجازه الورثة جاز؛ لأن الملك لهم، فإذا رضوا بزوال ملكهم جاز، كما لو أوصى بجميع ماله.

قوله: (**أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولُ إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِ عَلَى كَذَا**)؛ لأنه إذا علقه بموته، فقد أخرجه مخرج الوصية، وذلك جائز، ويعتبر من الثلث؛ لأنه تبرع علقه بموته، فكان من الثلث كالهبة والوصية في المرض.

قوله: (**وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَزُولُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ**)؛ لأنه بمنـــزلة الإعتاق عنده، وعليه الفتوى.

قوله: (**وَقَالَ مُحَمَّدٌ لاَ يَزُولُ الْمِلْكُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ**)؛ لأن من شرط الوقف عنده القبض؛ لأنه تبرع في حال الحياة كالهبة، وإذا اعتبر فيه القبض أقام

---

(1) الوَقْفُ لُغَةً: الْحَبْسُ.

وشَرْعاً: حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ.

وشُرُوطُهُ سَبْعَةٌ، اثْنَانِ فِي الْوَاقِفِ وَهُمَا:

1- الحريةُ.

2- والتكليفُ.

وخَمْسَةٌ فِي الْمَوْقُوفِ:

1- أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ.

2- وَأَنْ يَكُونَ عَلَى أَصْلٍ مَوْجُودٍ وَفَرْعٍ لاَ يَنْقَطِعُ.

3- وَأَنْ لاَ يَكُونَ فِي مَحْظُورٍ.

4- وَأَنْ يَكُونَ قُرْبَةً مُنْجَزاً.

5- وَأَنْ يَكُونُ عَلَى حَسَبِ مَا يَشْتَرِطُ الْوَاقِفِ مِنْ تَقْدِيمِ وَتَأْخِيرِ وَتَسْوِيَةِ وَتَفْضِيلِ.

إنساناً يتولى ذلك ليصح، ثم إذا جعل له ولياً وسلمه إليه، هل له أن يعزله بعد ذلك إن كان شرط في الوقف عزل القوام والاستبدال بهم؟ فله ذلك. وإن لم يشرط لا يصح عند محمد، وعليه الفتوى، وعند أبي يوسف: إذا عزله في حياته يصح، وكذا إذا مات الواقف بطلت ولاية القوام؛ لأن القيم بمنـــزلة الوكيل إلا إذا جعله قيماً في حياته، وبعد وفاته، فحينئذ يصير وصياً كذا في الفتاوى، ثم إذا صح الوقف عندهما وكان ذلك في صحته كان من جميع المال، وإن وقفه في مرض موته كان من الثلث كالهبة.

قوله: (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى اخْتِلاَفِهِمْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ) حتى لو كانوا عبيداً، فأعتقهم لا يعتقون.

قوله: (وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ)؛ لأنه لو دخل في ملكه نفذ بيعه فيه كسائر أملاكه.

ومعنى قوله: «إذا صح الوقف»: أي ثبت على قول أبي حنيفة بالحكم، أو بالتعليق بالموت، وعلى قولهما بالوقف والتسليم.

مسألة: رجل باع أرضاً وادعى بعد ذلك أنه أوقفها قبل البيع، فهذا على وجهين: إن أقام البينة على ذلك قبلت وبطل البيع، وإن لم يقم البينة لم يقبل قوله للتناقض، ثم إذا عجز عن إقامة البينة، وأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك؛ لأن التحليف بناء على صحة الدعوى، والدعوى لم تصح للتناقض، وإن ادعى مشتري الأرض أنها وقف، فقال للبائع: إنك بعتني هذه الأرض وهي موقوفة، فليست هذه المخاصمة إلى البائع، وإنما هي إلى المتولي للوقف، فإن لم يكن متول، فإن القاضي ينصب متولياً، فيخاصمه فإن أثبت الوقف بالبينة بطل البيع ويسترد الثمن من البائع.

قوله: (وَوَقْفُ الْمُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) يعني فيما يحتمل القسمة (وَقَالَ مُحَمَّدٌ لاَ يَجُوزُ) أما فيما لم يحتملها، فيجوز مع الشيوع أيضاً عند محمد، إلا في المسجد والمقبرة، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى؛ ولأن المهايأة في ذلك في غاية القبح بأن يقبر فيها الموتى سنة، وتزرع سنة، ويصلى في المسجد في وقت، ويتخذ إصطبلاً في وقت بخلاف ما عدا المقبرة والمسجد لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة.

وقوله: «وقال محمد لا يجوز»: يعني فيما يحتمل القسمة؛ لأن أصل القبض عنده شرط؛ ولأنه نوع تبرع، فلا يصح في مشاع يحتمل القسمة كالهبة، ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد؛ لأن الشيوع مقارن، وإن استحق جزء منه مميز

بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع، ولو وقف أرضاً وفيها زرع لم يدخل الزرع في الوقف؛ لأنه لا يدخل في البيع إلا بالشرط، فكذا لا يدخل في الوقف إلا بالشرط كذا في الواقعات.

قوله: (وَلاَ يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يُجْعَلَ آخِرُهُ لِجِهَةٍ لاَ تَنْقَطِعُ أَبَدًا)؛ لأن المقصود من الوقف: التأبيد كالعتق، وهذا كقوله: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على أولاد فلان ما تناسلوا، فإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين؛ لأن أثر المساكين لا ينقطع أبداً، وإذا لم يقل ذلك لم يصح، ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل، وإن وقف على ذمي جاز؛ لأنه موضع للقربة، ولهذا يجوز التصدق عليه قال الله تعالى: ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ ﴾[1]. ولا يجوز الوقف على البيع والكنائس ولا على قطاع الطريق؛ لأنه لا قربة فيه، ويجوز الوقف على المساجد والقناطر.

ولو وقف على معدوم كالوقف على ولده ولا ولد له لم يجز، وإن وقف وقفاً مطلقاً، ولم يذكر شيئاً جاز على الأصح.

وألفاظ الوقف ستة: وقفت، وحبست، وسبلت، وتصدقت، وأبدت، وحرمت، فالثلاثة الأولى صريح فيه، وباقيه كناية لا يصح إلا بالنية.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ إِذَا سَمَّى جِهَةً تَنْقَطِعُ جَازَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ) وذلك مثل أن يقول: جعلتها صدقة موقوفة لله تعالى أبداً على ولد فلان وولد ولده، ولم يذكر الفقراء ولا المساكين وذلك؛ لأنه إذا جعلها لله، فقد أبدها؛ لأن ما يكون لله فهو ينصرف إلى المساكين، فصار كما لو ذكرهم.

وقيل: إن التأبيد شرط بالإجماع، إلا أن عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد؛ لأن لفظ الوقف والصدقة ينبئ عنه؛ لأنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق، ولهذا ذكر في الكتاب في بيان قول أبي يوسف، وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وهذا هو الصحيح.

وعند محمد: ذكر التأبيد شرط؛ لأن هذا صدقة بالمنفعة، أو الغلة، وذلك قد يكون مؤقتاً، وقد يكون مؤبداً، فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد، فلا بد من التنصيص عليه.

قال في شرحه: إذا قال جعلت أرضي هذه صدقة لله تعالى أبداً على ولدي، فإذا انقرضوا، فهي على المساكين، فإن غلتها تكون لولده من صلبه الذكور والإناث والخنثى.

---

(1) سورة الممتحنة: 8.

قال في خزانة الأكمل: الذكر والأنثى فيه سواء، وإنما يكون ذلك على الأولاد الموجودين يوم الوقف، ولكل ولد يحدث بعد ذلك قبل حدوث الغلة؛ لأن المعتبر بمن يكون له من الأولاد يوم تأتي الغلة، فإذا وجد ذلك دخلوا في الوقف، فإن ولد له ولد بعد الغلة إن كان هذا الولد ولد لأقل من ستة أشهر من يوم طلعت الغلة دخل في الوقف؛ لأن العلم محيط بأنه مخلوق قبلها فلهذا دخل معهم. فإذا مات أحد من أولاده قبل أن تأتي الغلة لم يكن له حق فيها ومن مات بعد مجيئها، فحصته له تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه وما بقي لورثته، وإذا قال: وقفت هذه الأرض على أولادي لا يدخل فيه ولد الولد، وإن وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات؛ لأن الجميع أولاد أولاده، وإن وقف على نسله، أو عقبه، أو ذريته دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات قربوا، أو بعدوا؛ لأن الجميع من نسله وذريته قال الله تعالى: ﴿ وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ ﴾[1]، فجعلهم كلهم على البعد من ذريته، وجعل عيسى من ذريته، وهو ينسب إليه بالأم، وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات؛ لأنهم لا ينسبون إليه، وإن وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى، وكذا إذا وقف على البنات لم يدخل فيه الخنثى أيضاً؛ لأنا لا نعلم ما هو، وإن وقف على البنين والبنات دخل الخنثى؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون ابناً أو بنتاً.

وقيل: لا يدخل؛ لأنه ليس من البنين ولا من البنات، ولو وقف على بني زيد لا يدخل فيه بناته.

مسألة: قال في الواقعات: رجل قال: إن مت من مرضي هذا، فقد وقفت أرضي لا يصح برئ، أو مات؛ لأنه علقه بشرط، وتعليق الوقف بالشرط لا يصح، وإن قال: إن مت من مرضي هذا، فاجعلوا أرضي وقفاً جاز. والفرق: أن هذا تعليق التوكيل بالشرط، وذلك يجوز.

قوله: (وَيَصِحُّ وَقْفُ الْعَقَارِ)؛ لأنه مما يتأبد، والوقف مقتضاه التأبيد.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ)؛ لأنه لا يبقى على التأبيد، فلا يصح وقفه.

قال الخجندي: لا يجوز وقف المنقول إلا أن يكون تبعاً لغيره، وهو أن يقف أرضاً فيها أثوار وعبيد لمصالحها، فيكونون وقفاً معها تبعاً، أو جرت العادة بوقفه كالمر لحفر

---

(1) سورة الأنعام: 84.

القبور، أو الجنازة وثياب الجنازة.

ولو وقف الأشجار القائمة لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً، وينتفع بثمارها دون أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه ليبنى به كشجر الخلاف، وهو الضرح.

قال في الواقعات: إذا وقف ثوراً على أهل قرية للإنزاء على بقرهم لا يصح؛ لأن وقف المنقول لا يصح إلا فيما فيه تعارف، ولا تعارف في هذا.

وعند الشافعي: يجوز ثم إذا جاز عنده الوقف على الإنزاء لا يجوز استعماله في الحرث؛ لأنه لم يوقفه لذلك.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِهَا وَأَكَرَتِهَا وَهُمْ عَبِيدُهُ جَازَ)، وكذا سائر آلات الحراثة؛ لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود، ولا يجوز للواقف عتقهم؛ لأنهم قد خرجوا عن ملكه، فإن أعتقهم لم يعتقوا ونفقة العبيد والبهائم من حيث شرط الواقف، فإن لم يشرط شيئاً، ففي أكسابهم، فإن لم يكن العبد كاسباً، أو تعطل كسبه لمرض، أو لم يف كسبه بنفقته، فنفقته في بيت المال كما إذا أعتق ما لا كسب له.

وقيل: نفقته على الواقف ما دام حيّاً فإن مات، ففي بيت المال؛ لأن التركة انتقلت إلى الورثة ولم ينتقل العبد إليهم، فلا يلزمهم نفقته، فإن مات العبد، فكفنه وتجهيزه على من عليه نفقته.

قوله: (وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَجُوزُ حَبْسُ الْكُرَاعِ وَالسِّلاَحِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ) الكراع هو الخيل. وأبو يوسف معه على ما قالوا، وهو استحسان عنده، ويدخل في ذلك الإبل؛ لأن العرب يجاهدون عليها، ويحملون عليها السلاح.

قال محمد: ويجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمصاحف والكتب.

وعند أبي يوسف: لا يجوز، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد.

قوله: (وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ وَلاَ تَمْلِيكُهُ) إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف، فيطلب الشريك القسمة، فتصح مقاسمته. أما امتناع البيع والتمليك؛ فلأنه قد زال ملكه عنه. وأما القسمة؛ فلأنها ليست بتمليك من جهته، وإنما هي تمييز الحقوق وتعديل الأنصباء، وإنما خص أبو يوسف؛ لأن عنده يجوز وقف المشاع.

ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك، فهو الذي يقاسم شريكه، وإن وقف نصف عقار خالص له، فالذي يقاسمه القاضي، أو يبيع الباقي من نصيبه على رجل، ثم يقاسم المشتري، ثم يشتري ذلك منه؛ لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً ومقاسماً، وإذا كان

في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز؛ لأنه بيع الوقف، وإن أعطى الواقف جاز، ويكون بقدر الدراهم شراء، كذا في الهداية.

قوله: (وَالْوَاجِبُ أَنْ يَبْتَدِئَ مِنْ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ سَوَاءٌ شَرَطَ ذَلِكَ الْوَاقِفُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ)؛ لأن عمارته من مصالحه، وفي البداءة بذلك تبقية له.

قوله: (وَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ فَالْعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى) يعني المطالبة بالعمارة لا أن يجبر على فعلها، وإنما كانت العمارة على من له السكنى؛ لأن الخراج بالضمان، فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته.

قوله: (فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ كَانَ فَقِيرًا آجَرَهَا الْحَاكِمُ وَعَمَّرَهَا بِأُجْرَتِهَا فَإِذَا عُمِّرَتْ رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى)؛ لأن في ذلك رعاية الحقين: حق الواقف، وحق صاحب السكنى؛ ولأنه إذا آجرها وعمرها بأجرتها يفوت حق صاحب السكنى في وقت دون وقت، وإن لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً، فكان الأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله، فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة، ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه، ولا تصح إجارة من له السكنى؛ لأنه غير مالك.

قوله: (وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ صَرَفَهُ الْحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الْوَقْفِ إِنْ احْتَاجَ إِلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى عِمَارَتِهِ فَيَصْرِفَهُ فِيهَا)، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى الإصلاح.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ مُسْتَحِقِّي الْوَقْفِ) يعني النقض؛ لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه، وإنما حقهم في المنافع.

قوله: (وَإِذَا جَعَلَ الْوَاقِفُ غَلَّةَ الْوَقْفِ لِنَفْسِهِ أَوْ جَعَلَ الْوِلاَيَةَ إِلَيْهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) ولا يجوز عند محمد؛ لأن من أصل محمد أن من شرط الوقف القبض، فإذا شرط ذلك لنفسه لم يوجد القبض، فصار كمن شرط بقعة من المسجد لنفسه.

ولأبي يوسف أن النبي عليه الصلاة والسلام: «كان يأكل من صدقته الموقوفة»[1]، ولا يحل الأكل منه إلا بشرط، ولو شرط الخيار في الوقف لنفسه ثلاثة أيام جاز الوقف، والشرط عند أبي يوسف.

وقال محمد: الوقف باطل، كذا في الهداية، ولو أن الواقف شرط الولاية لنفسه وكان

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (146/2): حديث: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته»، والمراد وقفه لم أجده. قلت: ويمكن أن يكون المراد أنه صلى الله عليه وسلم كان يأكل من الأراضي التي قال فيها: «ما تركت بعدي فهو صدقة».

غير مأمون، فللقاضي أن ينـــزعه من يده نظراً للفقراء كما له أن يخرج الوصي إذا كان غير مأمون نظراً للصغار.

قوله: (وَإِذَا بَنَى مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يُفْرِدَهُ عَنْ مِلْكِه بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ) أما الإفراد؛ فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به.

وأما الصلاة فيه؛ فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد، وتسليمه أن يأذن للناس بالصلاة فيه، فيكون ذلك بمنـــزلة القبض، فإذا صلوا فيه، فكأنهم قبضوه.

قوله: (فَإِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ مِلْكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ)؛ لأن فعل كل الناس متعذر، فيشترط أدناهم.

وعن محمد: أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة؛ لأن المسجد يبنى لها في الغالب.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ يَزُولُ مِلْكُهُ بِقَوْلِهِ جَعَلْته مَسْجِدًا)؛ لأن التسليم عنده ليس بشرط؛ لأنه إسقاط للملك كالإعتاق، وإن اتخذ في وسط داره مسجداً، وأذن للناس بالدخول فيه ولم يفرده عن داره كان على ملكه، وله أن يبيعه ويورث عنه بعد موته؛ لأن ملكه محيط به وله حق المنع منه، ولأنه لم يخلص لله؛ لأنه أبقى الطريق لنفسه ولم يجعل للمسجد طريقاً على حدة. وأما إذا أظهره للناس وأفرد له طريقاً وميزه صار مسجداً خالصاً، وإن بنى على سطح منـــزله مسجداً، أو سكن أسفله، فهو ميراث عندهما.

وقال أبو يوسف: يكون مسجداً، وإن جعل أسفله مسجداً وفوقه مسكناً، وأفرد له طريقاً جاز إجماعاً؛ لأن المسجد مما يتأبد، وذلك يتحقق في السفل دون العلو.

وعن محمد: أنه لا يجوز؛ لأن المسجد معظم، فإذا كان فوقه مسكن لم يكن تعظيماً.

وعن أبي يوسف: أنه جوزه في الوجهين حين دخل بغداد، ورأى ضيق المنازل، فكأنه اعتبر الضرورة.

وعن محمد: أنه أجاز ذلك أيضاً حين دخل الري.

قال في الينابيع: إذا غصب أرضاً، فبناها مسجداً، أو حماماً، فلا بأس بدخول المسجد للصلاة، ودخول الحمام للاغتسال، وإن غصب داراً فبناها مسجداً لا يحل لأحد أن يصلي فيه، ولا أن يدخله، وإن جعل جامعاً لا يجمع فيه، وإن جعلها طريقاً لا يحل لأحد أن يمر بها، ذكره في باب الحظر والإباحة.

ولو خرب ما حول المسجد ولم يبق عنده أحد يبقى مسجداً أبداً عند أبي يوسف إلى يوم القيامة؛ لأنه قد يصلي فيه المارة والمسافرون.

وقال محمد: يعود ملك الباني فيه إلى ورثته بعد موته؛ لأنه عينه لنوع قربة، وقد انقطعت، وإن استغني عن حصر المسجد وخشبه وحنفيته نقل إلى مسجد آخر عند أبي يوسف.

وقال بعضهم: يباع ويصرف في مصالح المسجد، ولا يجوز صرف نقضه إلى عمارة بئر؛ لأنها ليست من جنس المسجد. وكذا البئر لا يصرف نقضها إلى مسجد بل يصرف إلى بئر أخرى.

ولو وقف على دهن السراج للمسجد لا يجوز وضعه لجميع الليل، بل بقدر حاجة المصلين، ويجوز إلى ثلث الليل، أو نصفه إذا احتيج إليه للصلاة فيه. وهل يجوز أن يدرس الكتاب على سراج المسجد؟ ينظر: إن كان وضع لأجل الصلاة، فلا بأس بذلك إلى أن يفرغوا من الصلاة.

قوله: (**وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ يَزُولُ مِلْكُهُ بِالْقَوْلِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنْ السِّقَايَةِ وَسَكَنُوا الرِّبَاطَ وَالْخَانَ وَدَفَنُوا فِي الْمَقْبَرَةِ زَالَ الْمِلْكُ**) لأبي حنيفة أنه لم ينقطع حق العبد عنه ألا ترى أن له أن ينتفع به، فيسكن في الخان، وينـــزل في الرباط، ويشرب من السقاية، ويدفن في المقبرة، فيشترط حكم الحاكم، أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد؛ لأنه لم يبق له فيه حق الانتفاع، فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم، ولأبي يوسف أن من أصله: أن التسليم ليس بشرط لازم، فكان كالعتق، ولمحمد: أن التسليم عنده شرط. وذلك بما ذكر في الكتاب، ويكتفى فيه بالواحد لتعذر فعل الجنس كله. وعلى هذا الخلاف البئر ولأنهم إذا دفنوا في المقبرة كان ذلك قبضاً، فصار كالمسجد إذا صلي فيه. وأما إذا لم يدفن فيها أحد لم يحصل فيها قبض فبقيت في يد صاحبها، فله الرجوع فيها، ويشترك الأغنياء والفقراء في الدفن في المقبرة، والصلاة في المسجد، والشرب من السقاية؛ لأن ذلك إباحة، وما كان إباحة لا يختص به الفقير دون الغني بخلاف غلة الصدقة؛ لأن مقتضاها التمليك، فلا يجوز للغني، ولو تلفت الكيزان المسبلة على السقاية لا ضمان على من تلفت في يده بلا تعد، فإن تعدى ضمن.

وصفة التعدي: أن يستعملها في غير ما وقفت له، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الغصب

هو في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب سواء كان مالاً، أو غير مال.

وفي الشرع: عبارة عن أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده عنه، حتى كان استخدام العبد والحمل على الدابة غصباً دون الجلوس على السرير والبساط. وإنما يكون الاستخدام غصباً إذا استخدمه الغاصب لنفسه كما إذا غصبه ليركب له نخلاً ويجني له ثمرته. أما إذا قال: لتأكل أنت أيها العبد، ففعل لا يضمن.

ثم الغصب عندنا: إزالة اليد المحقة قصداً وإثبات اليد المبطلة ضمناً.

وقال الشافعي رحمه الله: إثبات اليد المبطلة قصداً، وإزالة اليد المحقة ضمناً.

وفائدته: في الزيادة الحادثة في يد الغاصب، وهي نوعان: منفصلة كالولد، ومتصلة كالسمن، وكلاهما عندنا أمانة في يد الغاصب، وعنده: كلاهما مضمون؛ لأنه قد وجد عنده إثبات اليد على الولد، وعندنا لم توجد إزالة اليد المحقة.

والغصب على وجهين: إن كان مع العلم، فحكمه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه كمن أتلف مال غيره يظنه ماله، فحكمه الضمان؛ لأنه حق العبد، فلا يتوقف على قصده، ولا إثم عليه؛ لأن الخطأ موضوع، والغصب محرم، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [1] الآية، وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [2] الآية، وقال عليه الصلاة والسلام: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه ومن غصب شبراً من أرض طوقه الله به من سبع أرضين»[3].

قوله رحمه الله: (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا مِمَّا لَهُ مِثْلٌ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ)، وهذا في المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت، فإن كان موجوداً وجب عليه رده بعينه، وإن كان هالكاً وجب رد بدله؛ لأن البدل يقوم مقام المبدل، فإن غصب مثلياً في حينه وأوانه، وانقطع عن أيدي الناس، ولم يقدر على مثله، فعليه قيمته يوم يختصمون عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يوم الغصب.

---

(1) سورة البقرة: 188.

(2) سورة النساء: 10.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة (باب: تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها) بلفظ: «قال من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين»، «لا يأخذ أحد شبراً من الأرض بغير حقه إلا طوقه الله إلى سبع أرضين يوم القيامة».

وقال محمد وزفر: آخر ما انقطع عن أيدي الناس؛ لأن المثل كان في ذمته إلى أن ينقطع، فلما انقطع سقطت المطالبة بالمثل، وصار كأنه غصب في ذلك الوقت ما لا مثل له.

ولأبي يوسف: أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب؛ إذ هو الموجب أصله إذا غصب ما لا مثل له.

ولأبي حنيفة: أن المثل ثابت في ذمته بعد انقطاعه بدلالة أنه لو لم يطالبه به، حتى وجد المثل كان له أن يطالبه به، وإنما ينتقل من المثل إلى القيمة يوم الخصومة، فوجب أن تعتبر قيمته يومئذ.

قال في الكرخي: إذا أحضر الغاصب المثل في حال الانقطاع، وتكلف ذلك أجبر المالك على أخذه. وأما إذا غصب ما لا مثل له، فعليه قيمته يوم الغصب إجماعاً.

قوله: (وَإِنْ كَانَ مِمَّا لاَ مِثْلَ لَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) يعني يوم الغصب، وذلك مثل العددي المتفاوت والثياب والعبيد والدواب وأشباه ذلك مما لا يكال ولا يوزن وفي البر المخلوط بالشعير القيمة؛ لأنه لا مثل له، وإنما يضمن المثل، أو القيمة إذا لم يقدر على رد المغصوب بعينه؛ لأن حق المالك في عين ماله، فإذا قدر على ذلك لم يجز الرجوع إلى بدله، إلا برضاه؛ ولأن المقصود إزالة الظلامة، وذلك يكون برد العين ما دامت باقية، فإذا دفع بدلها مع القدرة عليها، فهي ظلامة أخرى، ألا ترى أنه لا يجوز له في ملك غيره إلا باختياره، ثم إذا وجب عليه رد القيمة، فعليه رد القيمة يوم القبض، ولا ينظر إلى زيادة قيمة المغصوب بعد القبض في السعر ولا إلى نقصانها؛ لأن القبض هو السبب الموجب للضمان.

قوله: (وَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ) يعني ما دامت قائمة، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا: ورد القيمة مخلص خلفاً.

وقيل: الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص.

وفائدته: في البراءة والرهن والكفالة بالمغصوب في حال قيام العين، يعني إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب من ضمان العين، وهي قائمة في يده، فعند من قال: الواجب القيمة تصح البراءة، ويسقط ضمان العين، وكذا الرهن والكفالة يصحان على اعتبار وجوب القيمة، وعلى اعتبار وجوب رد العين لا يصح.

وفائدته أيضاً: فيمن غصب جارية قيمتها ألف، وله ألف قد حال عليها الحول، فإنه لا تجب الزكاة في هذه ألف؛ لأنه مديون والواجب الرد في المكان الذي غصبه فيه لتفاوت القيمة بتفاوت الأماكن.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى هَلَاكَهَا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً لَأَظْهَرَهَا ثُمَّ يَقْضِي عَلَيْهِ بِبَدَلِهَا)، وإنما حبسه؛ لأن حق صاحبها متعلق بالعين.

والأصل: بقاؤها وهو يريد أن يسقط حقه من العين إلى القيمة، فلا يصدق، فإن تصادقا على هلاكها، أو قامت له بينة بذلك قضى عليه بالمثل إن كان مثليّاً، أو بالقيمة إن لم يكن مثليّاً فإن كانت زائدة في بدنها يوم غصبها، فردها ناقصة ضمن النقصان، وإن كانت يوم غصبها زائدة في السعر مثل أن يكون قيمتها يوم غصبها مائتين فردها، وهي تساوي مائة لم يضمن الزيادة؛ لأن الزيادة في السعر غير متحققة، وإنما هو شيء يلقيه الله في أنفس الناس من الرغبة في العين والنقصان في السعر كذلك؛ لأنه فتور يلقيه الله في أنفس الناس، فيزهدون في شراء العين والعين في الحالين جميعاً على ما هي عليه، فلهذا لم يضمن الزيادة، فإن غصبها، وهي تساوي مائة فزادت في بدنها حتى صارت تساوي مائتين ثم نقصت في البدن، حتى صارت تساوي مائة لم يضمن الزيادة عندنا؛ لأنها زيادة لم يقع عليها القبض، فلا تكون مضمونة كزيادة السعر؛ ولأنها زيادة حصلت في يده بغير فعله وهلكت بغير فعله، فإن طلبها صاحبها والزيادة باقية، فامتنع من ردها، حتى نقصت ضمن الزيادة؛ لأنه لما امتنع من الرد صار ضامناً كالمودع إذا جحد الوديعة.

قوله: (وَالْغَصْبُ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ)؛ لأن ضمان الغصب متعلق بالنقل والتحويل. والدليل على ذلك أن من حال بين رجل وبين متاعه، أو غصب مالكه ومنعه من حفظ ماله، حتى تلف لم يضمنه، كذا في الينابيع.

ولو حول المتاع ونقله فهلك ضمنه والنقل والتحويل واحد.

وقيل: التحويل النقل من مكان وإثباته في مكان آخر، والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر.

قوله: (وَإِذَا غَصَبَ عَقَارًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ يَضْمَنُهُ) وهلاكه إنما يكون بانهدام البناء بآفة سماوية، أو بذهاب ترابه، أو بغلبة السيل على الأرض، فيذهب بأشجاره وترابه، فإذا كان مثل هذا، فلا ضمان عليه عندهما.

وقال محمد: يضمن، فإن حدثت هذه الأشياء بفعل أحد من الناس، فضمانه على المتلف عندهما.

وقال محمد: هو مخير إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن المتلف، فإن ضمن الغاصب رجع على المتلف. وأجمعوا على أنها لو تلفت من سكناه ضمن؛ لأنه تلف بفعله.

وقول الشافعي في غصب العقار مثل قول محمد لتحقق إثبات اليد الغاصبة. ومن ضرورة ذلك زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة.

ولهما: أن الغصب بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها، وهو فعل فيه لا في العقار، فصار كما إذا بعد المالك عن ماشيته؛ ولأن العقار في المكان الذي كانت يد صاحبه ثابتة عليه، فلا يضمن والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل.

قوله: (وَمَا نَقَصَ بِفِعْلِهِ وَسُكْنَاهُ ضَمِنَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لأنه إتلاف.

قوله: (وَإِذَا هَلَكَ الْمَغْصُوبُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ بِفِعْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ضَمِنَهُ) هذا إذا كان منقولاً، فإن كان الهلاك بفعل غيره رجع عليه بما ضمن؛ لأنه قرر عليه ضماناً كان يمكنه أن يتخلص منه برد العين.

قوله: (فَإِنْ نَقَصَ فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُ النُّقْصَانِ) يعني النقصان من حيث فوات الجزء لا من حيث السعر. ومراده غير الربوي. أما في الربوي لا يمكن ضمان النقصان مع استرداد الأصل؛ لأنه يؤدي إلى الربا وإذا وجب ضمان النقصان قومت العين صحيحة يوم غصبها، ثم تقوم ناقصة فيغرم ما بينهما، وإن غصب عبداً فأبق من يده ولم يكن أبق قبل ذلك، أو كانت أمة فزنت في يده ولم تكن زنت قبل ذلك، أو سرقت، فعلى الغاصب ضمان ما نقص العبد والجارية من السرقة والإباق والزنا، وإن أصابها حمى في يد الغاصب، فردها محمومة فماتت عند صاحبها ضمن الغاصب ما نقصتها الحمى دون قيمتها؛ لأن الموت ليس من الحمى التي كانت في يد الغاصب، وإنما هو من الحمى التي حدثت في يد صاحبها؛ لأن الحمى يحصل منها الألم جزءاً فجزءاً ثم تتكامل بما يتجدد من الحمى من بعده فتموت من ذلك، وإن غصبها محمومة فماتت في يد الغاصب ضمن قيمتها محمومة يوم غصبها، فإن كانت زنت في يد المولى، أو سرقت ثم غصبها، فأخذت بحد الزنا والسرقة فماتت من ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنها تلفت بسبب كان في يد المولى، وكذا لو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى فماتت من ذلك، فلا ضمان على الغاصب، وكذا لو كان المولى أحبلها، ثم غصبها فماتت في يد الغاصب من الحبل لا ضمان على الغاصب؛ لأن التلف حصل بسبب كان في يد المولى، فهو كما لو قتلها المولى في يد الغاصب، فإن كان الغاصب غصبها، وهي حبلى من غير إحبال من المولى ولا من زوج كان لها في يد المولى فماتت في يد الغاصب من ذلك ضمن قيمتها؛ لأنها تلفت في يد الغاصب بغير فعل المولى ولا بسبب كان في يده، فإن زنت، أو سرقت في يد

الغاصب، فردها على المولى، فأخذت بذلك في يده، فعلى الغاصب قيمتها؛ لأنها تلفت بسبب كان في يده.

قوله: (وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ فَمَالِكُهَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا)، وهذا ظاهر الرواية، وهو قول محمد، وكذا لو سلخها وقطع لحمها ولم يشوه.

وفي رواية: يضمنه نقصانها، وإن كانت الدابة غير مأكولة اللحم، فقطع طرفها، فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف المأكولة.

قوله: (وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا يَسِيرًا ضَمِنَ نُقْصَانَهُ) والثوب لمالكه؛ لأن العين قائمة من كل وجه، وإنما دخله عيب فيضمن العيب.

قوله: (وَإِنْ خَرَقَهُ خَرْقًا كَثِيرًا يُبْطِلُ عَامَّةَ مَنَافِعِهِ فَلِمَالِكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ)؛ لأنه استهلاك له وإذا ضمن قيمته ملكه؛ لأن صاحبه لما ملك القيمة ملك الغاصب بدلها، حتى لا يجتمع في ملك المغصوب منه البدلان، وإن شاء صاحب الثوب ضمنه النقصان؛ لأنه لم يستهلكه استهلاكا تاماً ولا اتصل بزيادة والمماثلة فيه غير معتبرة، فلهذا جاز أن يضمنه النقصان، ويأخذه، كذا في شرحه.

فقوله: «لم يستهلكه استهلاكاً تاماً»: يحترز مما لو أحرقه.

وقوله: «ولا اتصل بزيادة»: يحترز مما لو صبغه.

وقوله: «والمماثلة غير معتبرة»: يحترز من المكيل والموزون.

وقوله: «خرق»: هو بالتخفيف بدليل قوله: «خرقاً» ولم يقل تخريقاً.

وقوله: «كثيراً»: هو بالثاء المثلثة؛ لأنه ذكره في مقابلة.

قوله: «يسيراً»: ولو كان بالباء الموحدة لقال في الأول خرقاً صغيراً، كذا في المستصفى.

واختلف المتأخرون في الخرق الفاحش؟

قال بعضهم: هو ما أوجب نقصان ربع القيمة وما دونه يسير.

وقال بعضهم: ما أوجب نقصان نصف القيمة.

وقيل: ما لا يصلح الباقي بعده لثوب.

وفي الهداية: إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع، والصحيح: أنه ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة: واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان.

وفي المحيط: الفاحش ما يستنكف أوساط الناس من لبسه مع ذلك، ولو قال لرجل اخرق ثوبي هذا، ففعل يأثم، ولا يضمن، وإن خرق صك غيره يضمن قسمته مكتوباً عند أكثر المشايخ، ولا يضمن المال؛ لأن الإتلاف صادف الصك، ولم يصادف المال.

قوله: (**وَإِذَا تَغَيَّرَتْ الْعَيْنُ الْمَغْصُوبَةُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهَا وَعُظْمَ مَنَافِعِهَا زَالَ مِلْكُ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ عَنْهَا وَمَلَكَهَا الْغَاصِبُ وَضَمِنَهَا إِلَى آخِرِهِ**) وعند الشافعي: لا ينقطع حق المالك عنها.

وقوله: «وملكها الغاصب»: قال نجم الدين النسفي: الصحيح عند المحققين من أصحابنا: أن الغاصب لا يملك المغصوب، إلا عند أداء الضمان، أو القضاء بالضمان، أو بتراضي الخصمين على الضمان. فإذا وجد شيء من هذه الثلاثة ثبت الملك، وإلا فلا، وبعد وجود شيء من هذه الثلاثة إذا ثبت الملك لا يحل للغاصب تناوله، إلا أن يجعله صاحبه في حل.

قوله: (**وَلَمْ يَحِلَّ لَهُ الانْتِفَاعُ بِهَا حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهَا**) فيه إشارة إلى أنه إذا قضى القاضي بالضمان لا يحل له الانتفاع ما لم يؤد الضمان، وليس كذلك، فقد نص في المبسوط: أنه يحل له الانتفاع إذا قضى القاضي بالضمان، ثم إذا أدى البدل يحل له الانتفاع؛ لأن حق المالك صار مستوفياً بالبدل فجعل مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه، وكذا إذا ضمنه الحاكم، أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه؛ لأنه لا يقضي الحاكم إلا بطلبه.

قوله: (**وَإِنْ غَصَبَ فِضَّةً أَوْ ذَهَبًا فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَزُلْ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) فيأخذها، ولا شيء للغاصب، ولا يعطيه لعمله شيئا؛ لأن العين باقية من كل وجه؛ لأن الاسم باق وكونه موزوناً باقٍ أيضاً، وكذا جريان الربا فيه موجود.

قوله: (**وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لاَ سَبِيلَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ عَلَى الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ الْمَضْرُوبَةِ وَعَلَيْهِ مِثْلُ الْفِضَّةِ الَّتِي غَصَبَهَا وَمَلَكَهَا الْغَاصِبُ**)؛ لأنه أحدث فيها صنعة معتبرة. وأما إذا سبك الفضة، أو الذهب ولم يصغهما ولم يضربهما دراهم ولا دنانير، بل جعلهما صفائح مطلوة لم تنقطع يد صاحبها عنها إجماعاً، ولو غصبه دراهم، فخلطها بدراهمه، حتى صارت لا تتميز، فعليه مثلها ولا شركة بينهما فيها عند أبي حنيفة.

وقالا: هو بالخيار إن شاء ضمنه مثلها، وإن شاء شاركه بقدرها يعني إذا صاغها حلياً، أو آنية.

قال في الكرخي: إذا غصبه طعاماً فزرعه كان عليه مثله عند أبي حنيفة ويتصدق بالفضل، وعندهما: لا يتصدق بالفضل، وهذا إذا ضمن بعد انعقاد الحب لتمكن الخبث. أما لو ضمن قبل انعقاد الحب طاب له الفضل بالإجماع، وكذا كل نوى غرسه فنبت ضمن قيمته يعني إذا غصبه فغرسه؛ لأنه إذا نبت صار مستهلكاً، فهو كالحب إذا نبت، وكذا إذا غصب دقيقاً فخبزه، أو بيضاً، فصار فروخاً ملكه لزوال اسمه، أو تراباً فجعله لبناً، أو آنية، أو قطناً فغزله، أو خشباً فعمله سفينة، ففي هذا كله يزول ملك مالكه عنه.

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ سَاجَةً فَبَنَى عَلَيْهَا زَالَ مِلْكُ مَالِكِهَا عَنْهَا وَلَزِمَ الْغَاصِبَ قِيمَتُهَا)، وقال زفر والشافعي: ينقض البناء ويردها على صاحبها.

قال الهندواني: إنما لا ينقض البناء عندنا إذا بنى حواليها. أما إذا بنى على نفسها ينقض. وإطلاق الكتاب يرد ذلك، وهو الأصح يعني أنه لا ينقض سواء بنى عليها، أو حواليها لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[1]، وفي قلع البناء ضرر ويمكننا توفية الحقين من غير ضرر بأن يلزم الغاصب قيمتها إذ هي تقوم مقامها.

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَوْ بَنَى فِيهَا قِيلَ لَهُ اقْلَعْ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَرُدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا) لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق»[2]؛ ولأن ملك صاحب الأرض باق، فإن الأرض لم تصر مستهلكة، والغصب لا يتحقق فيها، فيؤمر الغاصب بتفريغها كما إذا أشغل ظرف غيره بطعامه.

ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق» أي ليس لذي عرق ظالم، وهو الذي يغرس في الأرض غصباً، ووصف العرق بالظلم، والمراد صاحبه، وفي بعض الروايات: «ليس لعرق ظالم» على الإضافة إلى العرق.

---

(1) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام (باب: من بنى في حقهما يضر بجاره)، ومالك في الموطأ في كتاب الأقضية (باب: القضاء في المرفق) بلفظ: «لا ضرر ولا ضرار».

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (201/2): حديث: «ليس لعرق ظالم حق» الطبراني من حديث عبادة بن الصامت قال: إنه من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم أنه ليس لعرق ظالم حق، ورجاله ثقات إلا أنه منقطع. وروى إسحاق والبزار والطبراني وابن عدي من حديث كثير بن عبد الله ابن عمرو بن عوف، حدثني أبي أن أباه أخبره أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «من أحيا أرضاً مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم، فهي له، وليس لعرق ظالم حق» وكثير ضعفوه كثيراً، وقد جاء هذا الحديث من طريق أجود من هذه، فأخرجه الثلاثة من رواية هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد رفعه: « من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» قال الترمذي: رواه جماعة عن هشام، عن أبيه مرسلاً.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ الأَرْضُ تَنْقُصُ بِقَلْعِ ذَلِكَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَضْمَنَ لَهُ قِيمَةَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ مَقْلُوعًا وَيَكُونُ الْمَقْلُوعُ لَهُ)؛ لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما، ويضمن قيمته مقلوعاً؛ لأنها الحالة التي يجب فيها ردها، فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وهما بها، ولكن لصاحبها أن يأمر بقلعه، فيضمن فضل ما بينهما.

ولو غصب فصيلاً وأدخله بيته، فكبر حتى صار لا يخرج إلا بهدم الجدار وقلع الباب، فإن كانت قيمة الفصيل أكثر من قيمة الدار وجب عليه هدم البناء، ورد الفصيل، وإن كانت قيمة البناء والهدم أكثر غرم قيمة الفصيل؛ لأنه يأخذ حقه من القيمة من غير ضرر، وكذا إذا ابتلعت الدجاجة لؤلؤة لغير صاحبها لم يجبر صاحبها على ذبحها؛ لأنه لم يكن بفعل حصل منه، فيقال لصاحب اللؤلؤة: إن شئت فخذ القيمة. وإن شئت فاصبر حتى تزرقها الدجاجة، أو يذبحها مالكها باختياره.

وروي عن محمد: أنه يقال لصاحب اللؤلؤة: أعط صاحب الدجاجة قيمة الدجاجة، وخذ الدجاجة.

وفي رواية: ينظر أيهما أكثر قيمة، فصاحبه بالخيار، كذا في العيون.

ولو وقع درهم أو لؤلؤة في محبرة وكان لا يخرج إلا بكسرها إن كان ذلك بفعل صاحب المحبرة وكان أكثر قيمة من المحبرة كسرت ولا غرم على صاحب الشيء الواقع فيها، وإن وقع بفعل صاحب الشيء، أو بغير فعل أحد كسرت أيضاً، وعلى صاحب الشيء قيمة المحبرة إن شاء وإلا صبر حتى تنكسر.

ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر، أو برمة ولم تخرج إلا بكسرها، فهو على مسألة الفصيل، ولو غصب خيطاً، فخاط به ثوباً فعليه قيمته، ولا ينـــزع ومن ركب دار غيره لإطفاء حريق وقع في البلد، فانهدم جدار من الدار بركوبه لم يضمن قيمة الجدار؛ لأن ضرر الحريق عام على المسلمين، فكان لعامة المسلمين دفع ذلك عنهم كما إذا حمل العدو على المسلمين، فدفع عنهم رجل ذلك العدو بآلة غيره حتى تلفت الآلة لم يضمن من قيمتها شيئاً كذلك هذا.

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوْبِهِ أَبْيَضَ وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَ ذَلِكَ لِلْغَاصِبِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَغَرِمَ مَا زَادَ الصَّبْغُ وَالسَّمْنُ فِيهِمَا)؛ لأن فيه رعاية الحقين من الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل؛ لأن ماله متبوع، ومال الغاصب تبع. وأما إذا غصب ثوباً فقصره، فإن لصاحبه أن يأخذه بغير شيء؛ لأن القصارة ليست بزيادة عين في الثوب، وما استعمله

فيه من الصابون، وغيره يتلف، ولم يبق له عين، وكذا إذا غسله بالصابون والماء.

وقيد بقوله: «فصبغه»؛ إذ لو ألقته الريح في صبغ إنسان، فانصبغ به، فإن صاحب الثوب يؤمر بتسليم قيمة الصبغ؛ لأنه لا جناية من صاحب الصبغ، أو يكون الثوب مشتركاً بينهما على قدر حقيهما، وإنما ذكر في الثوب القيمة وفي السويق المثل؛ لأن السويق مثلي.

وقال في الأصل: يضمن قيمة السويق؛ لأنه يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليّاً، وهذا إذا كان الصبغ يزيد في الثوب في العادة كالعصفر والزعفران. أما إذا كان ينقصه، فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وسلمه للغاصب، وإن شاء أخذه ولا شيء للغاصب والصفرة في الصبغ كالحمرة.

وقيد بقوله: «فصبغه أحمر»: احتراز عن السواد، فإن فيه خلافاً: فعند أبي حنيفة: هو نقصان، وعندهما: زيادة كالحمرة، فإذا صبغه أسود كان صاحبه بالخيار: عند أبي حنيفة: إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وتركه له، وإن شاء أخذه أسود ولا شيء للغاصب؛ لأنه أدخل فيه نقصاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو كالعصفر: فيعطيه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض.

ومن أصحابنا من قال: لا خلاف بينهم في الحقيقة إلا أن أبا حنيفة أجاب على ما شاهد في زمانه، فإنهم كانوا لا يلبسون السواد وكان نقصاناً عندهم، وهما أجابا على ما في زمانهما، فإنهم كانوا يلبسون السواد وكان زيادة عندهم، فعلى هذا هو اختلاف عصر وزمان.

وإن كان صاحب الثوب هو الذي غصب العصفر، فصبغ به ثوبه كان الثوب له وعليه ضمان مثل العصفر، إن كان يكال فمثل كيله، وإن كان يوزن فمثل وزنه، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن فقيمته يوم أخذه وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب؛ لأن الثوب متبوع وليس بتابع.

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ عَيْنًا فَغَيَّبَهَا فَضَمَّنَهُ الْمَالِكُ قِيمَتَهَا مَلَكَهَا الْغَاصِبُ بِالْقِيمَةِ وَالْقَوْلُ فِي الْقِيمَةِ قَوْلُ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لأن المالك يدعي زيادة، وهو ينكر فالقول قول المنكر مع يمينه.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يُقِيمَ الْمَالِكُ الْبَيِّنَةَ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)؛ لأن البينة أولى من اليمين.

قوله: فَإِنْ ظَهَرَتْ الْعَيْنُ وَقِيمَتُهَا أَكْثَرُ مِمَّا ضَمِنَ، وَقَدْ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ الْمَالِكِ أَوْ

بَيِّنَة أَقَامَهَا أَوْ بِنُكُولِ الْغَاصِبِ عَنْ الْيَمِينِ فَلاَ خِيَارَ لِلْمَالِكِ) وهي للغاصب؛ لأنه ملكها برضا المالك حيث ادعى هذا المقدار.

قوله: (وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِقَوْلِ الْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِه فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الضَّمَانَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَيْنَ وَرَدَّ الْعِوَضَ)؛ لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمن، أو دونه في هذا الفصل الآخر، فكذا الجواب في ظاهر الرواية، يعني أن المالك بالخيار؛ لأنه لم يتم برضاه حيث لم يعط ما يدعيه، وهذا هو الأصح خلافاً لما يقوله الكرخي أنه لا خيار له.

قوله: (وَوَلَدُ الْمَغْصُوبَة وَنَمَاؤُهَا وَثَمَرَةُ الْبُسْتَانِ الْمَغْصُوب أَمَانَةٌ فِي يَد الْغَاصِبِ إِنْ هَلَكَتْ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْه إِلاَّ أَنْ يَتَعَدَّى فِيهَا أَوْ يَطْلُبَهَا مَالِكُهَا فَيَمْنَعَهُ إِيَّاهَا) وقال الشافعي رحمه الله: زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت، أو منفصلة. والخلاف راجع إلى أصل: وهو أن الغصب عندنا: إزالة اليد المحقة قصداً، وإثبات اليد المبطلة ضمناً. وعنده: الغصب إثبات اليد المبطلة قصداً، وإزالة اليد المحقة ضمناً.

وفائدة ذلك: في الزيادة الحادثة في يد الغاصب، وهي نوعان: منفصلة كالولد والثمر، ومتصلة كالسمن، وكلاهما أمانة في يد الغاصب عندنا، وعنده: كلاهما مضمون؛ لأنه وجد عنده إثبات اليد على الولد، وعندنا لم توجد إزالة اليد المحقة، ويد المالك لم تكن ثابتة على هذه الزيادة، حتى يزيلها الغاصب، ثم حدوث الولد على وجهين إن حدث في يده بعد الغصب، فهو أمانة إلا أن يتعدى فيه، أو يمنعه منه ولا فرق بين أن يغصبها حاملاً، أو حائلاً في أن الولد أمانة؛ لأن الحمل لا قيمة له، والوجه الثاني: أن يغصبها والولد معها، فإنه يضمن الولد؛ لأنه قد وقع عليه القبض الموجب للضمان.

قوله: (وَمَا نَقَصَت الْجَارِيَةُ بِالْوِلاَدَة فَمِنْ ضَمَانِ الْغَاصِبِ) وصورته: إذا حبلت عند الغاصب، أو زنت بعبد الغاصب. أما إذا كان الحبل من الزوج، أو المولى، فلا ضمان عليه.

قوله: (فَإِنْ كَانَ فِي قِيمَة الْوَلَد وَفَاءٌ بِه جُبِرَ النُّقْصَانُ بِالْوَلَدِ وَسَقَطَ ضَمَانُهُ عَنْ الْغَاصِبِ) وقال زفر: لا ينجبر بالولد؛ لأن الولد ملكه، فلا يصح جابراً لملكه.

ولنا: أن الولادة فوتت جزءاً وأفادت مالاً، فوجب أن يجبر الفائت بالفائدة كمن قطع يد المغصوبة، فأخذ الغاصب أرشها، وفيه وفاء وكمن قلع سنها فنبتت، وإن لم يكن في الولد وفاء، فإنه يقوم مقام ما بإزائه ويغرم الغاصب فضل النقصان، وكذا إذا مات الولد فعليه ضمان النقصان؛ لأنه لما مات صار كتلف الأرش في يده، ولو تلف الأرش في

يده كان عليه الإتيان بغيره، فكذا إذا تلف الولد.

ومن غصب جارية، فزنى بها ثم ردها، فحبلت وماتت في نفاسها ضمن قيمتها يوم علقت، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: لا ضمان عليه؛ لأن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة، فلم يضمن الغاصب كما إذا حمت في يد الغاصب، ثم ردها فهلكت، أو زنت في يده، ثم ردها فجلدت، فهلكت منه.

ولأبي حنيفة: أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد.

قوله: (وَلاَ يَضْمَنُ الْغَاصِبُ مَنَافِعَ مَا غَصَبَهُ إِلاَّ أَنْ يَنْقُصَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَهُ فَيَغْرَمَ النُّقْصَانَ) صورته: إذا غصب عبداً خبازاً، فأمسكه شهراً ولم يستعمله، ثم رده إلى المالك لا يجب عليه ضمان منافع الشهر عندنا.

وصورة إتلاف المنافع: أن يستعمل العبد أياماً، ثم يرده على مولاه، فعندنا: لا يضمن.

قال الخجندي: ولا أجرة على الغاصب في استخدامه عبد الغصب ولا في سكنى دار غصبها.

وفي الكرخي: إذا آجر الغاصب العبد المغصوب، فالأجرة للغاصب، ويتصدق بها، ولو غصب طعاماً، فأكله المالك، وهو يعرفه، أو لا يعرفه، أو أطعمه إياه الغاصب وهو لا يعرفه، أو كان ثوباً، فألبسه إياه وهو لا يعرفه، فقد برئ منه الغاصب؛ لأنه قد سلم له بالأكل واللبس، فلو ضمن الغاصب لسلم له العوض والمعوض، وهذا لا يصح. وينبغي على قول أبي يوسف ومحمد أنه إذا غصب حنطة، فطحنها وأطعمها المغصوب منه أن لا يبرأ؛ لأنه قد ملكها بالطحن، فبان أنه أطعم ملك نفسه، فيكون متبرعاً بذلك.

وفي البزدوي الكبير: من غصب طعاماً، فأطعمه المالك من غير أن يعلمه برئ منه عندنا؛ لأنه أداء حقيقة، فإن عين ماله وصل إليه، فجهله به لا يبطل قبضه له أي جهله بأنه ملكه لا يبطل حكما شرعيًا، ألا ترى أن من اشترى عبداً، فقال البائع للمشتري أعتق عبدي هذا وأشار إلى المبيع، فأعتقه المشتري ولم يعلم أنه عبده صح إعتاقه ويجعل قبضاً ويلزمه الثمن؛ لأنه أعتق ملكه وجهله بأنه ملكه لا يمنع صحة ما وجد منه كذا هذا.

وقال الشافعي: لا يبرأ؛ لأنه ليس بأداء مأمور به؛ لأنه غرور والشرع لم يأمر بالغرور، فبطل الأداء نفيا للغرور.

قوله: (وَإِذَا اسْتَهْلَكَ الْمُسْلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَوْ خِنْزِيرَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا)؛ لأن الخمر

لهم كالخل لنا والخنزير في حقهم كالشاة لنا. ونحن أمرنا أن نتركهم، وما يتدينون، والسيف موضوع، فتعذر الإلزام إلا أنه يجب قيمة الخمر، وإن كان مثليّاً؛ لأن المسلم ممنوع من تمليكه وتملكه بخلاف ما إذا أتلفه ذمي لذمي، فإنه يجب مثله؛ لأن الذمي غير ممنوع من تمليكه وتملكه.

قوله: (وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُمَا مُسْلِمٌ لِمُسْلِمٍ لَمْ يَضْمَنْ)، وكذا إذا استهلكهما ذمي لمسلم لا ضمان عليه أيضاً، ولو غصب مسلم خمر المسلم، فتخللت عنده، أو خللها الغاصب كان للمغصوب منه أن يستردها، فإن هلكت عند الغاصب بعد ما صارت خلاً، فلا ضمان عليه؛ لأن الغصب لم يوجب عليه الضمان، فلا يجب عليه بعد ذلك، وإن استهلكها الغاصب ضمن مثلها خلاً؛ لأن الاستهلاك بسبب آخر، وهو يوجب الضمان، وإن غصب جلد ميتة، فدبغه بما له قيمة واستهلكه لا يضمنه عند أبي حنيفة؛ لأن التقويم إنما حصل بفعله، وعندهما: يضمن الجلد مدبوغاً، ويعطيه ما زاد الدباغ فيه، وإن هلك لا ضمان عليه إجماعاً؛ لأن الدباغ ليس بإتلاف، والغصب المتقدم لا يتعلق به ضمان؛ لأن الجلد لا قيمة له. وأما إذا دبغه بما لا قيمة له، فهلك بعد الدباغ لا ضمان عليه؛ لأن الدباغ ليس باستهلاك، وإن استهلكه ضمن إجماعاً؛ لأن الجلد صار مالاً وهو على ملك صاحبه، فإذا أتلفه الغاصب ضمنه بالإتلاف هذا كله في حالة هلاك الجلد. أما حال وجوده فنقول: إذا غصب جلد ميتة، فدبغه بما لا قيمة له، فلصاحبه أن يأخذه منه بغير شيء؛ لأنه استحال مالاً على حكم ملكه من غير زيادة؛ لأنه إنما استحال بالشمس والتراب وإن دبغه بما له قيمة، فلصاحبه أن يأخذه ويغرم ما زاد الدباغ فيه؛ لأن الجلد صار مالاً بمال الغاصب.

وصورة ذلك: أن ينظر إلى قيمته ذكيّاً غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغاً، فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه، وهذا كله إذا أخذ جلد الميتة من منــزل صاحبها. أما إذا ألقاها المالك في الطريق، فأخذه إنسان، فدبغه، فقد قيل: لا سبيل له عليه؛ لأن إلقاء الميتة في الطريق إباحة لأخذها، فلم يثبت له الرجوع.

وقيل: له أن يرجع.

مسائل شتى: قال في الهداية: ومن غصب ألفاً فاشترى بها جارية، فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية، فباعها بثلاثة آلاف، فإنه يتصدق بجميع الربح، وهذا عندهما خلافاً لأبي يوسف. وكذا المودع على هذا، ومن كسر لمسلم بربطاً، أو طبلاً، أو مزماراً، أو دفّاً، فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما، لا يضمن، ولا يجوز بيعها؛ لأن هذه الأشياء أعدت للمعصية، فبطل تقويمها كالخمر.

ولأبي حنيفة: أنها أموال؛ لأنها تصلح لما يحل من وجوه الانتفاع، وإن صلحت لما لا يحل، فصار كالأمة المغنية، وتجب قيمة هذه الأشياء غير صالحة للهو.

ومن غصب أم ولد، أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن قيمتهما جميعاً؛ لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق بدليل أنها تسعى للغرماء وللورثة، وأم الولد في معناها؛ لأن الثابت لها حق الحرية كالمدبرة.

ولأبي حنيفة: أن المولى لا يملك منها إلا المنافع لا غير بدلالة أنها لا تسعى بعد موته بحال، وأنها حرة من جميع المال، والمنافع إذا تلفت لا قيمة لها، ولو غصب صبيّاً، فمرض فمات في يده: فعند أبي حنيفة: لا ضمان عليه. وإن لم يمرض ولم يمت ولكن عقره سبع فقتله، أو نهشته حية فمات، فعلى عاقلة الغاصب الدية، وإن قتله رجل في يد الغاصب خطأ، فإن للأولياء أن يتبعوا أيهما شاءوا بالدية، فإن اتبعوا الغاصب رجع على القاتل، وإن اتبعوا القاتل لم يرجع على الغاصب، وكل هذا الضمان على العاقلة، وإن قتله عمداً كان أولياؤه بالخيار إن شاءوا قتلوا القاتل وبرئ الغاصب، وإن شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته، وترجع عاقلة الغاصب في مال القاتل. ولو أن الصبي هو الذي قتل رجلاً في يد الغاصب فرده إلى أبيه، فضمن عاقلة الصبي الدية لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء؛ لأن الصبي لا يضمن باليد، فلا يضمن جنايته، وإنما يضمن الغاصب الجناية عليه. ولو قتل الصبي نفسه، أو طرح نفسه من دابة لا ضمان على الغاصب؛ لأنه هو الجاني على نفسه.

قال أبو يوسف: فإن أصابته صاعقة ضمن الغاصب، وإن فتح رجل باب قفص، فطار منه طائر لم يضمن إلا إذا نفره، وكذا إذا فتح باب دار، فهرب منه العبد، أو حل قيد العبد، فهرب لا يضمن إلا أن يكون العبد مجنوناً.

وعن محمد: في دابة مربوطة في مربط، فحلها رجل، أو كانت في بيت ففتح الباب، فذهبت الدابة، قال: هو ضامن، فإن حل رباطها رجل، وفتح الباب آخر فالضمان على فاتح الباب. وقال في العبد: إذا حل قيده، أو فتح الباب عليه، فهرب لا يضمن؛ لأن له اختياراً في نفسه إلا أن يكون مجنوناً.

وقال أبو حنيفة: لا ضمان في جميع ذلك.

وقال الشافعي: إن طار الطائر من فوره ضمن، وإن طار بعد مهلة لا يضمن وإن حل رباط الزق، فإن كان السمن الذي فيه ذائباً ضمن، وإن كان جامداً فذاب بالشمس لم يضمن؛ لأنه سال بفعل الشمس لا بفعله.

قال في الواقعات: إذا استهلك لرجل ثوباً، فجاء إليه بقيمته، فقال: لا آخذها ولا أجعلك في حل يرفع الأمر إلى الحاكم، حتى يجبره على القبول؛ لأن في ذلك حق المستهلك، وهو براءة ذمته، فإن لم يرفعه إلى الحاكم، ولكن وضعه في حجر صاحبه برئ، وإن وضعه بين يديه لا يبرأ بخلاف الوديعة، فإنه يبرأ إذا وضعها بين يدي صاحبها، وكذلك عين المغصوب يبرأ بوضعه بين يديه. والفرق أن الواجب في قبض الدين حقيقة القبض لتحقق المعاوضة، وفي الوديعة والغصب يتحقق الرد بالتخلية لعدم المعاوضة. وطلبة العلم إذا كانوا في مجلس ومعهم محابر، فكتب واحد منهم من محبرة غيره بغير إذنه لا بأس به؛ لأنه مأذون فيه دلالة إلا إذا علم أنه لا يرضى.

مسألة: روى علي بن الجعد قال: سمعت علي بن عاصم، قال: سألت أبا حنيفة عن درهم لرجل ودرهمين لآخر اختلطوا، فضاع درهمان وبقي درهم من الثلاثة لا يعرف من أيها هو، فقال: الدرهم الباقي بينهما أثلاثاً، فلقيت ابن شبرمة فسألته عنها، فقال: أسألت عنها أحداً؟ قلت: نعم، سألت أبا حنيفة، فقال: إنه قال لك الدرهم الباقي بينهما أثلاثاً، قلت: نعم، قال: أخطأ أبو حنيفة؛ لأنا نقول: درهم من الدرهمين الضائعين لصاحب الدرهمين بلا شك، والدرهم الثاني من الضائعين يحتمل أنه الثاني من الدرهمين، ويحتمل أنه الدرهم الواحد، فالدرهم الباقي بينهما نصفان، فاستحسنت جوابه جداً وعدت إلى أبي حنيفة، وقلت له: خولفت في المسألة، فقال: ألقيك ابن شبرمة، وقال: لك كذا، وكذا، وذكر جوابه بعينه، قلت: نعم، قال: إن الثلاثة لما اختلطت صارت شركة بينهما بحيث لا تتميز، فلصاحب الدرهمين ثلثاً كل درهم ولصاحب الدرهم ثلث كل درهم، فأي درهم ذهب ذهب بحصته، فالدرهم الباقي بينهما أثلاثاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الوديعة[1]

هي مشتقة من الودع، وهو الترك قال الشاعر:

سل أميري ما الذي غيره عن وصالي اليوم حتى ودعه

أي تركه.

وفي الشرع: عبارة عن ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ مع بقائها على حكم ملك المالك.

والفرق بين الوديعة والأمانة: أن الوديعة هي الاستحفاظ قصداً، والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بائن ألقت الريح ثوباً في حجره، والحكم في الوديعة أنه يبرأ من الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ، إلا بالأداء إلى صاحبها.

قوله رحمه الله: (**الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ فَإِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا**)؛ لأن بالناس حاجة إليها فلو كانت مضمونة لامتنع الناس من قبولها فتتعطل مصالحهم.

قوله: (**وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ**)؛ لأنه لا يتمكن من الحفظ إلا بهم؛ ولأنه لا يجد بداً من دفعها إليهم؛ لأنه لا يمكنه ملازمة بيته، ولا استصحاب الوديعة في خروجه، والذي في عياله هو الذي يسكن معه، ويجري عليه نفقته من امرأته وولده وأجيره وعبده.

وفي الفتاوى: هو من يساكنه سواء كان في نفقته أو لا، ويشترط في الأجير أن يكون أجيراً مشاهرة وطعامه وكسوته على المستأجر.

فأما إذا كان أجيراً مياومة ويعطيه نفقته دراهم، فليس هو في عياله، فيضمن بالدفع إليه إذا هلكت عنده، وإن دفعها إلى شريكه شركة عنان، أو مفاوضة، أو إلى عبد له مأذون، فضاعت لم يضمن؛ لأن هؤلاء لا يحفظون أمواله فيدهم كيده.

قوله: (**فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا ضَمِنَ**)؛ لأنه رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة؛ ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع

---

(1) وهو عقد موضوعه استعانة الإنسان بغيره في حفظ ماله.

فصاحب المال: مودِع بكسر الدال.

والعاقد الآخر المؤتمن على المال الذي تعهد بحفظه: وديع.

والمال المدفوع للحفظ: وديعة.

وقد يطلقون الوديعة على معنى عقد الإيداع نفسه.

ومال الوديعة في يد الوديع يعتبر أمانة، والوديع أمين.

انظر: المدخل الفقهي العام (614/1).

في حرز غيره إيداع، إلا إذا استأجر الحرز، فيكون حافظاً بحرز نفسه.

وقوله: «فإن حفظها بغيرهم»: يعني بأجرة.

وقوله: «أو أودعها»: يعني بغير أجرة، فإن أودعها فضاعت في يد الثاني، فالضمان على الأول، وليس لصاحبها أن يضمن الثاني عند أبي حنيفة، وعندهما: هو بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الأول لا يرجع على الثاني؛ لأنه ملكه بالضمان وظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول؛ لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة لهما أن المالك لم يرض بأمانة غيره، فيكون الأول متعدياً بالتسليم، والثاني متعدياً بالقبض، فيتخير بينهما ولأبي حنيفة أن قبض الثاني قبض الأول، وإذا تعلق الضمان على الأول بهذا القبض لم يجب به ضمان على الثاني؛ لأن قبض الواحد لا يوجب على اثنين، وإن استهلكها الثاني ضمن إجماعاً، ويكون صاحبها بالخيار إن شاء ضمن الأول، أو الثاني فإن ضمن الأول رجع على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول. وأجمعوا أن مودع الغاصب يضمن إذا هلكت الوديعة في يده؛ لأن هناك قبضين مضمونين، والمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب، ولا يرجع على المودع، وإن شاء ضمن المودع، ويرجع على الغاصب، وكذا إذا غصب من الغاصب غاصب آخر، فهلكت عند الثاني، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول، وهو يرجع على الثاني، وإن شاء ضمن الثاني وهو لا يرجع على الأول، وإنما يستقر حاصل الضمان على الثاني. وكذا إذا وهب المودع الوديعة، أو أعارها فهلكت عند الثاني؛ لأن هناك قبضين؛ لأن الموهوب له والمستعير يقبضان لأنفسهما، فهو مخالف للقبض الأول، فيكون المالك بالخيار في تضمين أيهما شاء.

ومن أودع صبيّاً وديعة فهلكت في يده لا ضمان عليه بالإجماع، فإن استهلكها إن كان مأذوناً له في التجارة ضمنها إجماعاً، وإن كان محجوراً عليه إن قبضها بإذن وليه ضمن أيضا إجماعاً، وإن قبضها بغير إذن وليه لا ضمان عليه، عندهما لا في الحال ولا بعد الإدراك.

وقال أبو يوسف: يضمن في الحال، وإن أودعه عبداً فقتله ضمن إجماعاً.

والفرق: أن الصبي من عادته تضييع الأموال، فإذا سلم إليه مع علمه بهذه العادة، فكأنه رضي بإتلافه، فلم يكن له تضمينه، وليس كذلك القتل؛ لأنه ليس من عادة الصبيان، فيضمنه وتكون قيمته على عاقلته، وإن جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي، وإن أودع عند عبد وديعة، فهلكت عنده لا ضمان عليه، وإن استهلكها إن كان مأذوناً أو محجوراً وقبضها بإذن مولاه ضمنها إجماعاً، وتكون ديناً عليه إلى بعد

العتق، وإن كان محجوراً وقبضها بغير إذن مولاه لم يضمنها في الحال ويضمنها بعد العتق إذا كان بالغاً عاقلاً عندهما.

وقال أبو يوسف: يضمنها في الحال ويباع فيها.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ أَوْ تَكُونَ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الْغَرَقَ فَيَنْقُلُهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى لَمْ يَضْمَنْ)؛ لأن ذلك تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة ويرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينه؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطه للضمان، فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع.

قال الحلواني: إذا وقع في داره حريق، فإن أمكنه أن يدفعها إلى بعض عياله، فدفعها إلى أجنبي ضمن.

وشرط الإمام خواهر زاده في الحريق الغالب أن يحيط الوديعة، فإن لم يكن بهذه الصفة ضمن كذا في المستصفى.

قوله: (فَإِنْ خَلَطَهَا الْمُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى صَارَتْ لاَ تَتَمَيَّزُ ضَمِنَهَا)؛ لأنه استهلاك، ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة، وعندهما: إذا خلطها بجنسها صارت شركة إن شاء، مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض، أو السود بالسود، أو الحنطة بالحنطة، أو الشعير بالشعير لهما، أنه لا يمكنه الوصول إلى غير حقه صورة، وأمكنه معنى بالقسمة، فكان استهلاكاً من وجه دون وجه، فيميل إلى أيهما شاء، وله أنه استهلاك من كل وجه؛ لأنه يتعذر الوصول إلى عين حقه، ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة؛ لأنه لا حق له إلا في الدين، وقد سقط، وعندهما: بالإبراء سقط خيرة الضمان، فتتعين الشركة في المخلوط، وخلط الخل بالزيت وكل مانع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع، وكذا خلط الحنطة بالشعير في الصحيح؛ لأن أحدهما لا يخلو من حبات الآخر، فيتعذر التمييز والقسمة. ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك إلى الضمان عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: يجعل الأقل تبعاً للأكثر.

وعند محمد: شركة بكل حال، وقد قالوا: لا يسع الخالط أكله حتى يؤدي مثله إلى صاحبه، أما عند أبي حنيفة؛ فلأنه ملكه من وجه محظور.

وأما عندهما؛ فلأن العين باقية على ملك صاحبها.

قوله: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا عَنْهُ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا ضَمِنَ)؛ لأنه إذا طلبها، فقد عزله عن الحفظ، فإذا مسكها بعد ذلك كان غاصباً مانعاً له، فيضمنها لكونه متعدياً بالمنع.

وأما إذا لم يقدر على تسليمها بأن يكون في موضع ناء أي بعيد لا يقدر في الحال على ردها لا يضمنها؛ لأنه غير قادر على الرد.

قـــوله: (وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا) كما إذا انشق الكيسان، فاختلطا لعدم الصنع منه، فيشتركان فيه، وهذا بالاتفاق.

قوله: (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ضَمِنَ الْجَمِيعَ)؛ لأنه جعـــل متلفا لها بإنفاق بعضها وخلط باقيها بماله؛ لأن المثل الذي دفعه هو ماله والخلط بمعـــنى الاستهلاك، وإن أخذ بعضها لنفقته، ثم بدا له فرده ووضعه في موضعه، فضاع لم يضمن؛ لأن النية من غير فعل لا توجب الضمان.

وقوله: «فخلطه بالباقي»: إنما ذكر الخلط احتراز عما إذا هلك الباقي قبل الخلط، فإنه يهلك أمانة، أما إذا خلطه بالباقي صار متعدياً كذا في الينابيع.

قوله: (وَإِذَا تَعَدَّى الْمُودَعُ فِي الْوَدِيعَةِ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ، أَوْ عَــبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ، أَوْ أَوْدَعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ ثُمَّ أَزَالَ التَّعَدِّيَ وَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ زَالَ الضَّمَانُ) وقـــال الشافعي: لا يبرأ؛ لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً، فلا يبرأ إلا بالرد على المالك.

ولنا: أن أمره بالحفظ عام في سائر الأوقات والأمر لا يبطل بالتعدي بدلالة أن من وكـــل رجـــلاً ببيع عبده، فشجه الوكيل شجة، أو ضربه ضربة، ثم باعه صح بيعه بالأمر المـــتقدم، وهذا إذا كان الركوب والاستخدام واللبس لم ينقصها. أما إذا نقصها ضمنها. وأما المستعير إذا تعدى، ثم أزال التعدي لا يبرأ من الضمان، إلا بالرد إلى المالك.

قوله: (وَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهُ إِيَّاهَا ضَمِنَهَا)؛ لأنه لما طالبه بالرد، فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع، فيضمن، وفيه إشارة إلى أنه لو جحدها عـــند غير المالك لم يضمن، وإن جحدها بحضرة المودع، أو بحضرة وكيله ضمنها وإن جحدها عند غيرها لم يضمن عند أبي يوسف.

وقال زفر: يضمن.

قال في الينابيع: وبقول أبي يوسف نأخذ؛ لأن الإنسان قد يخفي وديعته، فجحوده في هذا الموضع من باب الحفظ؛ لأن فيه قطع طمع لفقيرين.

قـــوله: (فَإِنْ عَادَ إِلَى الاعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ مِنْ الضَّمَانِ)؛ لأنه لما جحدها حكم له فـــيها بالملك لثبوت يده عليها؛ لأن كل من في يده شيء، فالظاهر أنه له، فإذا اعترف به لغيره بعد هلاكه لزمه ضمان، وإن طلب الوديعة صاحبها، فقال المودع: قمت فنسيتها،

فضاعت ضمن، وإن قال: سقطت مني لا يضمن، وإن قال: أسقطتها ضمن.

قوله: (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الْوَدِيعَةِ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) هذا إذا كان الطريق آمناً. أما إذا كان مخوفاً يضمن إجماعاً، وكذا إذا كان الطريق آمنا ونهاه صاحبها عن السفر بها فسافر بها يضمن؛ لأن التقييد مفيد؛ لأن الحفظ في المصر أبلغ إلا أن يضطر إلى ذلك بأن قصد السلطان أخذها.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان لها حمل ومؤنة لم يسافر بها، فإن سافر بها ضمن؛ لأنه يلزم المالك أجرة النقل من بلد إلى بلد والظاهر أنه لا يرضى بذلك، ولأبي حنيفة إطلاق الأمر بالحفظ للفقيرين محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً. ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي؛ ولأن الإنسان لا يلتزم الوديعة ليترك أشغاله والسفر من أشغاله، فلا تمنعه الوديعة من ذلك صاحب المنظومة:

لا يضمن المودع بالمسافره عند انعدام النهي والمخاطره

ويجعلان هذه مضمونه في كل ما لحمله مؤنه

قيد بانعدام النهي والمخاطرة؛ لأنه إذا نهاه، فخرج بها يضمن إجماعاً، وكذا إذا كان الطريق مخوفاً. وأما إذا لم يكن لها حمل ولا مؤنة لا يضمن بالمسافرة إجماعاً، والذي له حمل ومؤنة هو ما كان يحتاج في حمله إلى ظهر، أو أجرة حمال.

قوله: (وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيبَهُ مِنْهَا لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْهَا حَتَّى يَحْضُرَ الآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبَهُ) والخلاف في المكيل والموزون.

لهما: أنه طالبه بدفع نصيبه، فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك؛ ولأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ولأبي حنيفة أنه يطالبه بدفع نصيب الغائب؛ لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع، والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه، إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة بخلاف الدين المشترك؛ لأنه يطالبه بتسليم حقه إليه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها.

قوله: (وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ وَلَكِنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِه وَيَحْفَظُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لاَ يُقْسَمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ) وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين جميعاً؛ لأنه رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر كما في ما لا يقسم، ولأبي حنيفة أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ

أحـــدهما، فوقع التسليم إلى الآخر بغير رضا المالك، فيضمن الدافع، ولا يضمن القابض؛ لأن موضع المودع عنده لا يضمن.

قـــوله: (**وَإِذَا قَـــالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ: لاَ تُسَلِّمْهَا إِلَى زَوْجَتِك فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا لَمْ يَضْمَنْ**)؛ لأنه لا بد له من التسليم فنهيه لا يؤثر كما إذا قال: لا تحفظها بنفسك ولا في صندوقك، وهذا إذا لم يكن له امرأة سوى التي نهاه عن الدفع إليها الوديعة مما تحفظ على أيدي النساء كذا في المستصفى.

قوله: (**وَإِنْ قَالَ لَهُ احْفَظْهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنْ تِلْكَ الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ**)؛ لأن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز، وهذا إذا لم يكن البيت الذي حفظهـــا فيه أنقص حرزاً من البيت الذي أمره بالحفظ فيه، أما إذا كان البيت الثاني أحرز ضمن كذا في الينابيع.

قـــوله: (**وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَى ضَمِنَ**)؛ لأن حكم الدارين مختلف في الحرز والحفظ. وأما إذا تساويا في الحرز، أو كانت الثانية أحرز لا يضمن.

مسائل: المودع إذا وضع الوديعة في الدار، فخرج والباب مفتوح، فجاء سارق، فأخذها إن لم يكن في الدار أحد ضمن؛ لأن هذا تضييع.

الدابـــة الـــوديعة إذا أصابها مرض أو جرح، فأمر المودع إنسانا يعالجها، فعطبت فصاحبها بالخيار إن شاء ضمن المودع أو المعالج، فإن ضمن المودع لا يرجع على أحد، وإن ضمن المعالج إن علم أنها ليست له لا يرجع عليه، وإن لم يعلم أنها لغيره، أو ظنها له رجع عليه.

المـــودع إذا خـــاف علـــى الوديعة الفساد إن كان في البلد قاض رفع أمرها إليه واستأذنه في بيعها، وإن لم يكن في البلد قاض باعها وضمنها وحفظ ثمنها لصاحبها وعلى هذا اللقطة.

رجل غاب عن منـــزله، وترك امرأته فيه وفيه وديعة، فلما رجع لم يجد الوديعة إن كانت امرأته أمينة لم يضمن، وإن كانت غير أمينة ضمن.

قال في الواقعات: سوقي قام من حانوته إلى الصلاة، وفيه ودائع للناس، فضاعت لا ضمان عليه؛ لأنه غير مضيع لما في حانوته؛ لأن جيرانه يحفظونه.

رجل دفع إلى آخر شيئاً لينثره في عرس إن كان دراهم ليس له أن يحبس منها شيئاً لنفســـه ولا له أن يدفعه إلى غيره لينثره، ولو نثر بنفسه ليس له أن يلتقط منه، وإن كان ســـكراً له أن يدفعه إلى غيره لينثره. وله أن يلتقط منه وليس له أن يحبس منه شيئاً لنفسه

كذا في الواقعات.

رجـــل أودع رجلاً زنبيلاً فيه آلات النجارين، ثم جاء يسترده وادعى أنه كان فيه قدوماً، فذهبت منه، وقال المودع: قبضت منك الزنبيل، ولا أدري ما فيه لا ضمان عليه، وهل يجب عليه اليمين؟

قالوا: لا يجب عليه؛ لأنه لم يدع عليه صنعاً، وكذا إذا أودع دراهم في كيس ولم يـــزنها على المودع، ثم ادعى أنها كانت أكثر من ذلك، فلا يمين عليه إلا أن يدعي عليه الفعل، وهو التضييع أو الخيانة.

المودع إذا قال: ذهبت الوديعة من منـــزلي ولم يذهب من مالي شيء يقبل.

قوله: «مع يمينه»: خلافاً لمالك؛ لأنه أمين.

غـــريب مات في دار رجل، وليس له وارث معروف، وخلف شيئاً يسيراً يساوي خمســـة دراهم ونحوها وصاحب الدار فقير، فله أن يأخذها لنفسه؛ لأنه في معنى اللقطة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب العارية[1]

هـــي مشـــتقة من العرية، وهي العطية. وقيل: منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وشنار. فعلى هذا يقال: العارية بالتشديد؛ لأن ياء النسب مشددة.

والعارة لغة في العارية. قال الحريري:

حتى إن بزتي هذه عاره　　　وبيتي لا يطوف به فاره

أي لا يدور.

وفي الشـــرع: عـــبارة عـــن تمليك المنافع بغير عوض، وسميت عارية لتعريها عن العوض.

ومن شرطها: أن تكون العين قابلة للانتفاع بها مع بقاء عينها، حتى لا تكون عارية الدراهم والدنانير والفلوس إلا قرضاً.

والعارية غير لازمة، حتى إن للمعير أن يرجع فيها، متى شاء وتبطل بموت أحدهما.

قوله رحمه الله: (**الْعَارِيَّةُ جَائِزَةٌ**) أي مفيدة لملك المنفعة؛ لأنها نوع إحسان وفعل خير.

قـــوله: (**وَهِـــيَ تَمْلِـــيكُ الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ**) وهذا قول أبي بكر الرازي وعامة أصحابنا.

وقال الكرخي: هي إباحة المنافع بملك الغير، والأول أصح.

ووجهـــه: أن المستعير يملك أن يعير، ولو كانت إباحة لم يجز له أن يعيرها كمن

---

(1) وهي عقد يرد على التبرع بمنافع الشيء لاستعماله ورده، ففيه تمليك المنفعة مجاناً بلا عوض.

فصاحب الشيء: معير.

وآخذه لاستعماله: مستعير.

والشيء الذي هو محل العقد: عاريَّة بتشديد الياء.

وقد يطلقون العارية على معنى عقد الإعارة نفسه. وعقد الإعارة يقابل الإجارة التي تقوم على أساس تمليك المنفعة بعوض: ففي الإجارة بيع للمنافع، وفي الإعارة تبرع بها، وإنما الفارق هو العوض وعدمه.

ومن ثم وجب في الإجارة تحديد مدة الانتفاع، لأن مقدار المنافع المقابل للأجرة إنما يحدده الزمن بخلاف الإعارة فإنها، وإن كانت التوقيت ملحوظاً فيها لابتنائها على أساس الرد، لا يجب تحديد المدة في عقدها، بل يصح فيها إطلاق الوقت والسكوت عنه، لأنها تبرع بالمنفعة يستطيع المعير الرجوع عنه متى شاء، وليس فيه التزام بعوض يحتاج إلى تحديد مقابله من المنافع بالوحدات الزمانية.

انظر: المدخل الفقهي العام (1/614-615).

أبيح له طعام لم يجز له أن يبيحه لغيره.

وجه قول الكرخي: أنها لو كانت تمليكاً لجاز له أن يؤجرها كما قلنا في الإجارة لما كانت تمليكاً للمنافع جاز للمستأجر أن يؤجرها.

قلنا: امتناع إجارة العارية ليس؛ لأنه لا يملك المنفعة لكن المعنى أن المعير ملكه المنافع على وجه لا ينقطع حقه عنها متى شاء، فلو جاز له أن يؤجر لتعلق بالإجارة الاستحقاق، فقطع حق المعير منها، فلهذا المعنى لم تجز إجارتها.

قوله: (**وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَعَرْتُك وَأَطْعَمْتُك هَذِهِ الْأَرْضَ وَمَنَحْتُك هَذَا الثَّوْبَ وَحَمَلْتُك عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ الْهِبَةَ وَأَخْدَمْتُك هَذَا الْعَبْدَ وَدَارِي لَك سُكْنَى وَدَارِي لَك عُمْرَى سُكْنَى**) أما قوله: «أعرتك»: فهو صريح العارية، «وأطعمتك هذه الأرض»: عارية أيضاً؛ لأنها لا تطعم. فعلم أنه أراد المنفعة. ولهذا لو قال: «أطعمتك هذا الطعام» كان إباحة للعين.

وقوله: «منحتك هذا الثوب»: عبارة عن العارية. قال عليه الصلاة والسلام: «المنحة مردودة»[1]، ولو كانت تقتضي ملك العين لم يجب ردها.

المنحة بكسر الميم العطية، يقال: منحه يمنحه ويمنحه بكسر النون وفتحها إذا أعطاه شيئاً، كذا في الصحاح.

وقوله: «عمرى سكنى»: بيان للمنفعة وتوقيتها بعمره؛ لأنه جعل له سكناها مدة عمره.

وقوله: «إذا لم يرد به الهبة»: راجع إلى منحتك وحملتك، فإذا كان كذلك ينبغي أن يقول بهما، إلا أنه أراد كل واحد منهما كما في قوله تعالى: ﴿ عَوَانٌ بَيْنَ ذَٰلِكَ ﴾[2]،

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (182/2): حديث: «المنحة مردودة، والعارية مؤداة» أبو داود وابن حبان والترمذي من حديث أبي أمامة رفعه: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة» الحديث. وروى البزار عن ابن عمر رفعه: «العارية مؤداة» وابن عدي من حديث ابن عباس نحوه في حديث، وعن أنس في مسند الشاميين.

وروى الدارقطني من مرسل عطاء قال: أسلم قوم في أيديهم عواري المشركين، فقالوا: قد أحرز لنا الإسلام ما بأيدينا، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «العارية مؤداة»، فأدوا ما بأيديهم من العواري، وروى عبد الرزاق عن عمر بن الخطاب قال: العارية بِمنزلة الوديعة، لا ضمان فيها إلا أن يتعدى. وعن علي: ليس على صاحب العارية ضمان. وروى ابن أبي شيبة عن سمرة رفعه: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». وأخرجه البزار بلفظ: «حتى تؤدي». وروى عبد الرزاق، عن ابن عباس وعن أبي هريرة بإسنادين: «العارية تغرم».

(2) سورة البقرة: 68.

ولم يقل بين ذلكما.

قوله: «وأخدمتك هذا العبد»: صريح في تمليك المنفعة؛ لأنه أذن له في استخدامه.

وقوله: «وداري لك سكنى»: أي سكناها لك.

قوله: (**وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ**)؛ لأنها تمليك المنافع وهي تحدث حالاً فحالاً فما لم يوجد منها لم يتصل به قبض، فللمعير أن يرجع فيه.

قوله: (**وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ**) قال عبد السلام: ليس على المستعير غير المغل ضمان، فإن شرط فيها الضمان كانت مضمونة بالشرط لقوله عليه السلام لصفوان بن أمية حين استعار منه أدرعاً، وقال له صفوان: أغصباً تأخذها يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة»[1]، فأخذها بشرط الضمان.

وفي الينابيع: لو قال أعرني دابتك أو ثوبك، فإن ضاع، فأنا ضامن له فالشرط لغو ولا يضمن.

وأما الوديعة والإجارة لا يضمنان أبداً، ولو شرط فيهما الضمان، وإنما يضمنان بالتعدي كذا في الكرخي.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/181-182): حديث: «أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار دروعاً من صفوان» أبو داود والنسائي وأحمد والحاكم من حديث صفوان بن أمية. وأخرج أبو داود من طريق عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفوان. ومن طريق ابن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن عبد الرحمن بن صفوان بن أمية، وعن هشيم عن حجاج عن عطاء مرسلاً.

وأخرجه الحاكم من حديث ابن عباس نحوه، وقال فيه: فقال يا رسول الله: أعارية مؤداة؟ قال صلى الله عليه وسلم: «نعم، هنام مؤداة» وأخرجه الدارقطني، ثم البيهقي، وله شاهد عند الحاكم عن جابر.

وروى عبد الرزاق عن معمر عن بعض بني صفوان عن صفوان: أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه عاريتين إحداهما بضمان، والآخر بغير ضمان. وروى أبو داود والنسائي وابن حبان من طريق قتادة، عن عطاء، عن صفوان بن يعلى بن أمية، عن أبيه يعلى بن أمية قال: قال رسول الله صلى الله عليه سلم: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعاً، فقلت: أعارية مضمونة، أو هنام مؤداة؟ قال صلى الله عليه وسلم: «بل هنام مؤداة».

وفي الباب عن أنس: «كان فزع بالمدينة، فاستعار رسول الله صلى الله عليه وسلم فرساً من أبي طلحة، يقال له: المندوب، فركب» الحديث متفق عليه. وروى الطبراني من حديث الشفاء بنت عبد الله: أنها دخلت على ابنتها وهي تحت شرحبيل بن حسنة، فكانت تلومه على قعوده في البيت، فقال: يا خالة لا تلوميني، فإنه كان لنا ثوب استعاره النبي صلى الله عليه وسلم، وإسناده ضعيف.

وقوله: من غير تعد، إنما قال: ذلك؛ لأنه إذا تعدى ضمن؛ لأن للتعدي تأثيراً بدليل أنـــه لو حصل في الوديعة ضمنها، فعلى هذا إذا استعار دابة إلى موضع سماه، فجاوز بها ذلك الموضع، فعطبت ضمن قيمتها؛ لأن الإذن لم يتناول ذلك الموضع، فصار بركونه فيه غاصـــباً، فلهذا ضمن، فإن رجع بها إلى الموضع الذي استعارها إليه، فعطبت لم يبرأ من الضمان.

وقال زفر: يبرأ اعتباراً الوديعة إذا تعدى فيها المودع، ثم أزال التعدي.

ولـــنا: أنـــه قـــد لزمه الضمان بالتعدي، فلا يبرأ من ذلك إلا بالرد على صاحبها كالغاصب.

قـــوله: (وَلَـــيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَجِّرَ مَا اسْتَعَارَهُ) فإن آجره فعطب ضمن؛ لأن الإعـــارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما فوقه؛ ولأن مقتضى العارية الرجوع وتعلق المســـتأجر بها يمنع ذلك، فلهذا لم يجز فإن آجرها ضمن حين سلمها، وإن شاء المعير ضـــمن المســـتأجر؛ لأنـــه قبضها بغير إذن المالك، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر؛ لأنه ظهر أنه آجر ملكه وإن ضمن المستأجر رجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه عارية في يده دفعاً لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم.

قوله: (وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ لاَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلاَفِ الْمُسْتَعْمِلِ)؛ لأن العارية تمليك المنافع، وإذا كانت تمليكاً، فمن ملك شيئاً جاز له أن يملكه على حسب ما ملك، وإنما شـــرط أن لا يخـــتلف باخـــتلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعير؛ لأنه رضي باســـتعماله لا باستعمال غيره، وإنما يجوز له أن يعير إذا صدرت مطلقة بأن استعار دابة ولم يسم له شيء، فإن له أن يحمل ويعير غيره للحمل، وله أن يركب ويركب غيره؛ لأنه لما أطلق فله أن يعير حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره؛ لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركب بنفسه حتى لو فعله ضمن؛ لأنه قد تعين الإركاب، فأما إذا اســـتعارها ليركـــبها هو، أو استعار ثوباً ليلبسه هو فأركبها غيره، أو ألبسه غيره فتلف ضمن؛ لأنها مقيدة هنا بركوبه ولبسه، وإن استعار داراً ليسكنها هو فأعارها غيره فسكنها لم يضمن؛ لأن الدور لا تختلف باختلاف المستعمل.

قوله: (وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ قَرْضٌ)؛ لأن الإعارة تمليك المـــنافع وهذه الأشياء لا ينتفع بها إلا باستهلاك أعيانها. وكذا المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض؛ لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه، وإنما يكون عارية الدراهم والدنانير قرضاً إذا أطلق العارية. أما إذا استعارها ليعاير بها ميزاناً، أو يزين بها دكانا كانت عارية لا

قرضاً، فإن هلكت من غير تعد لا ضمان عليه.

قوله (وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ يَغْرِسَ نَخْلاً جَازَ وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ)؛ لأن العارية توجب الاسترجاع، فيكلف تفريغها.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يُوقِفْ الْعَارِيَّةَ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ) يعني في نقصان البناء والغرس؛ لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اغتر بإطلاق العقد من غير أن يستوثق منه بالوعد؛ لأنه رضي بالعارية من غير توقيت، فلم يكن مغروراً، والرجوع إنما يجب بالغرور.

قوله: (وَإِنْ وَقَّتَ الْعَارِيَّةَ فَرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ ضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ بِالْقَلْعِ)؛ لأنه غره بتوقيت المدة.

قال في الهداية: إذا وقعت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه، ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد ويضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع؛ لأنه غره حيث وقت له، والظاهر هو الوفاء بالوعد فيرجع عليه.

وقال الحاكم الشهيد: أنه يضمن صاحب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما، فيكون ذلك له؛ لأنه ملكه، وقالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض، فالخيار إلى صاحب الأرض؛ لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل، وإن استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت؛ لأن للزرع نهاية معلومة، فيترك إلى أن يستحصد، وإنما يترك بأجرة المثل حتى لا يتضرر المعير مراعاة للحقين وليس كذلك الغرس؛ لأنه لا نهاية له.

قوله: (وَأُجْرَةُ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ)؛ لأن الرد واجب عليه؛ لأنه قبضه لمنفعة نفسه، وفي الوديعة مؤنة الرد على صاحبها، وفي الرهن مؤنة رد الرهن على المرتهن، ونفقة المستعار على المستعير وعلف الدابة المستعارة على المستعير والكسوة على المعير.

ولو استعار عبداً للخدمة فعليه نفقته، وإن أعاره مولاه فنفقته على المولى، فالاستعارة أن يقول: أعرني عبدك، والإعارة أن يقول المولى خذ عبدي، واستخدمه من غير طلب من المستعير.

قوله: (وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ)؛ لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه شاملة للمؤجر معنى.

قوله: (وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ عَلَى الْغَاصِبِ)؛ لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك؛ لأنه نقلها من مالكها غصباً.

قـــوله: (وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبْلِ صَاحِبِهَا فَهَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْ) وهذا استحسان؛ لأن إصطبله يده، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى الإصطبل؛ ولأنه أتى بالتســـليم المتعارف، وفي القياس يضمن؛ لأنه لم يردها إلى مالكها ولا إلى وكيله، فكان مضيعاً لها ومن استعار دابة، فردها مع عبده، أو أجيره لم يضمن والمراد بالأجير أن يكون مســـانهة، أو مشاهرة بخلاف الأجير مياومة؛ لأنه ليس في عياله، وكذا إذا ردها مع عبد صاحب الدابة، أو أجيره لم يضمن؛ لأن المالك يرضى به، ألا ترى أنه إذا ردها إليه فهو يرده إلى عبده.

وقيل: هذا في العبد الذي يقوم على الدواب.

وقـــيل: فيه وفي غيره، وهو الأصح، فإن ردها مع أجنبي ضمن هذا دليل على أن المستعير لا يملك الإيداع.

وقال بعضهم: يملك الإيداع؛ لأنه دون الإعارة.

قـــوله (وَإِنْ اسْـــتَعَارَ عَيْنًا فَرَدَّهَا إِلَى دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ضَمِنَ) وفي نســـخة: «لم يضـــمن»: وكذا هو في شرحه لم يضمن غير أنه بعد ذلك أشار إلى أنه في آلات المنـــزل.

وفي الهداية: إن استعار عبداً ورده إلى دار المالك ولم يسلمه لم يضمن، فإن كانت العارية عبداً، أو ثوباً لا يبرأ حتى يرده إلى المعير، وهو معنى ما في متن الكتاب.

قـــوله: (وَإِنْ رَدَّ الْـــوَدِيعَةَ إِلَـــى دَارِ الْمَالِـــكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ضَمِنَ) وكذا المغصـــوب؛ لأن الـــواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره الوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في عياله؛ لأنه لو ارتضى ذلك لما أودعها بخلاف العواري؛ لأن فيها عرفاً حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم العرف فيه.

ومـــن أعار أرضاً للزراعة يكتب المعار إنك قد أطعمتني عند أبي حنيفة، وعندهما: يكتب أنك قد أعرتني؛ لأن لفظة الإعارة موضوعة له، والكتابة بالموضوع أولى، كما في إعارة الدار.

وله: أن لفظ الإطعام أدل على المراد؛ لأنها تخص الزراعة، والإعارة تنتظم الزراعة وغيرها كالبناء ونحوه، فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار، فإنها لا تعار إلا للسكنى.

مسائل: قال في الواقعات: رجل استعار دابة، فنام المستعير في المفازة ومقودها في يده، فجاء إنسان فقطع المقود وذهب بها لا ضمان عليه، ولو مد المقود، فانتزعه من يده

ولم يشعر بذلك ضمن؛ لأنه في الوجه الأول غير مضيع وههنا مضيع، وهذا إذا نام مضطجعاً. أما إذا نام قاعداً لا يضمن، ولو كان المقود ليس في يده؛ لأنه غير مضيع؛ لأن المودع إذا نام قاعداً، فسرقت الوديعة لا ضمان عليه والمودع والمستعير في هذا سواء نص على التسوية بينهما السرخسي.

رجــل اســتعار كتاباً ليقرأ فيه، فوجد فيه خطأ إن علم أن صاحب الكتاب يكره إصلاحه، ينبغي أن لا يصلحه؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وإن يعلم أنه لا يكره إصــلاحه جاز؛ لأنه مأذون له دلالة، ولو لم يفعل لا إثم عليه؛ لأن الإصلاح غير واجب عليه.

رجــل استعار ثوراً فاستعمله ثم تركه في المرعى، فضاع إن علم أن المعير يرضى بكونه هناك يرعى وحده كما هو العادة لا يضمن وإلا ضمن؛ لأنه تركه بغير إذنه، رجل طلــب من آخر ثوراً عارية، فقال له غداً أعطيك، فلما كان من الغد أخذه المستعير بغير إذن صــاحبه واستعمله ومات في يده ضمن؛ لأنه أخذه بغير إذنه، وإن رده، فمات عند صاحبه لا ضمان عليه.

امرأة أعارت شيئاً بغير إذن الزوج إن أعارت من متاع البيت مما يكون على أيدي النساء عادة، فضاع لا يضمن. ولو زلق مستعير السراويل، فتخرق لا يضمن رجل دخل الحمام، فاستعمل آنية الحمام، فانكسرت لا ضمان عليه، وكذا إذا أعطاه صاحب الفقاع كوز الفقاع ليشربه، فسقط من يده وانكسرت لا ضمان عليه؛ لأنه أخذه بإذنه، ولو أتى إلى ســوقي يبيع الآنية وأخذ إناء بغير إذنه لينظر إليه، فسقط من يده، فانكسرت ضمن؛ لأنه غير مأذون فيه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب اللقيط

اللقـــيط[1] اسم لمنبوذ من بني آدم نبذ خوفاً من العيلة، أو فراراً من التهمة مضيعه آثم، ومحرزه غانم، وأخذه أفضل من تركه. وسمي لقيطاً باعتبار مآله لما أنه يلقط.

والالتقاط مندوب إليه فيما إذا كان في المصر. وواجب إذا كان في برية لما فيه من إحيائه.

قـــوله رحمـــه الله: (اللَّقِيطُ حُرٌّ) أي في جميع أحكامه، حتى إن قاذفه يحد؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، والدار دار الإسلام، وهي دار الإحراز، وإن ادعى الملتقط، أو غيره أنه عبده لا يصح إلا بالبينة.

وتجوز شهادته بعد البلوغ إذا كان عدلاً.

ولا يصح منه العتق، والتدبير، والكتابة، والجناية عليه، ومنه كالجناية على الأحرار.

ويحكـــم لـــه بالإسلام؛ لأنه وجد بين المسلمين، فكان مثل أولادهم. وروي أن رجلاً التقط لقيطاً، فجاء به إلى علي كرم الله وجهه، فقال: «هو حر»[2].

قـــوله: (وَنَفَقَـــتُهُ مِثْلُ بَيْتِ الْمَالِ) يعني إذا لم يكن له مال ولا قرابة؛ لأن ميراثه للمسلمين وعقله عليه، فكانت نفقته في بيت مالهم. وروي أن رجلاً جاء إلى عمر رضي الله عـــنه بمنبوذ، فقال: وجدته على بابي، فقال عمر عسى الغوير أبؤساً نفقته علينا، وهو حر.

فقـــوله: «عسى الغوير أبؤساً»: يدل على أن عمر اتهمه أن يكون ابنه، وأن البأس جـــاء مـــن قبله، والغوير بلد، والبؤس القحط، والمنبوذ الطفل المرمي به، فإن أنفق عليه الملـــتقط من ماله، فهو متطوع، ولا يرجع به على اللقيط لعدم ولايته عليه، إلا أن يأمره القاضـــي، ليكون ديناً عليه، ولا يكفي مجرد الأمر من القاضي في الأصح؛ لأن مطلقه، قد يكـــون للحث والترغيب، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون ديناً عليه، ولو لم يأمـــره القاضي، ولكن صدقه اللقيط بعد البلوغ، فله الرجوع، فإن أبى الملتقط أن ينفق علـــيه، وسأل القاضي أن ينقله عنه، فللقاضي أن ينقله عنه إلى يد عدل إذا أقام البينة أنه

---

(1) اللقيطُ شرعاً: مولودٌ طَرَحَهُ أَهْلُهُ خَوْفاً مِنَ الْعَيْلَةِ أَوْ فِرَاراً مِنَ التُّهْمَةِ.
وَالْتِقَاطُهُ مَنْدُوبٌ إِنْ كَانَ فِي الْمِصْرِ، وَوَاجِبٌ إِنْ كَانَ فِي بَرِيَّةٍ فَإِنْ وُجِدَ مَعَهُ مَالٌ فَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ، وَإِلاَّ فَنَفَقَتُهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

(2) أخـــرجه الهيثمـــي في مجمع الزوائد في كتاب البيوع (باب التقاط المنبوذ): عن أبي جميلة أنه وجد منبوذاً على عهد عمر بن الخطاب، فأتاه به فاتهمه، فأثني عليه خيراً، فقال عمر: «هو حر، وولاؤه لك، ونفقته علينا من بيت المال».

لقيط، وإنما شرطت البينة لجواز أن يكون ممن تلزمه نفقته كابنه وعبده، فإن رجع بعد ذلك إلى القاضي يطلب رده إلى يده، فالقاضي بالخيار إن شاء رده إليه، وإن شاء أبقاه على يد العدل.

قوله: (فَإِنْ الْتَقَطَهُ رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ يَدِهِ)؛ لأن يده قد سبقت إليه، فلم يكن لأحد أن ينزعه إلا ليد هي أولى من يده.

قوله: (فَإِنْ ادَّعَى مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) معناه: إذا لم يدع الملتقط نسبه. أما إذا ادعاه، فهو أولى به، وإن ادعاه غير الملتقط أنه ابنه، فهو للمدعي صدقه الملتقط أو كذبه؛ لأنه إقرار للصبي بما ينفعه؛ لأنه يشرف بالنسب ويعير بعدمه.

قوله: (فَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ، فَهُوَ أَوْلَى بِهِ)؛ لأن العلامة تدل على سبق اليد؛ لأن الظاهر أن الإنسان يعرف علامة ولده، وإن لم يصف أحدهما علامة، فهو ابنهما لاستوائهما في النسب، وإن سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه؛ لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه، إلا إذا أقام الآخر البينة؛ لأن البينة أقوى.

قال الخجندي: إذا ادعاه رجلان أحدهما مسلم، والآخر ذمي قضي به للمسلم، وإن كانا مسلمين قضي به لمن أقام البينة، وإن أقاماها جميعاً قضي به لهما، ولو كان المدعي أكثر من اثنين، فعن أبي حنيفة أنه جوزه إلى خمسة.

وقال أبو يوسف: يثبت من اثنين ولا يثبت من أكثر من ذلك.

وعند محمد: يثبت من ثلاثة ولا يثبت من أكثر من ذلك، وإن ادعته امرأة لا يصح إلا بتصديق الزوج أو بإقامة البينة؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، وإن ادعاه امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة.

قال أبو حنيفة: يجعل ابنهما، وعندهما: لا يكون ابن واحدة منهما لاستحالة أن تلد امرأتان ولداً واحداً، ولأبي حنيفة أن إثبات النسب لا يقتضي إثبات الولادة، وإنما يتعلق به أحكام أخر من تحريم المصاهرة وحق الحضانة ووجوب الإرث.

قوله: (وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ مُسْلِمًا)؛ لأن في إثبات نسبه نفعاً له، وإنما جعلناه مسلماً؛ لأن الكفر إلحاق ضرر به، فما يكسبه الضرر لا يجوز عليه، وما يحصل له فيه النفع فهو جائز، فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ فِي بِيعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا) البيعة لليهود، والكنيسة للنصارى. وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة،

وإن كان الواجد مسلماً في هذا المكان، أو ذمياً في مكان المسلمين، اختلفت فيه الرواية:

ففي رواية: كتاب اللقيط اعتبر المكان.

وفي رواية: كتاب الدعوى اعتبر الإسلام.

وفي رواية: أيهما كان الواجد، وهي رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد.

قوله: (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ)؛ لأنا قد بينا أنه حر بالظاهر، فلا ينتقل عنه بنفس الدعوى إلا أن يقيم البينة أنه عبده.

وفي الينابيع: إذا ادعى رجل أنه عبده وصدقه بعد الإدراك ينظر إن جرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته، أو حد قاذفه، وما أشبه ذلك من الأحكام لا يصير عبدا بتصديقه إياه، وإن لم يجر عليه شيء من أحكام الأحرار، فهو عبد للذي ادعاه.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ حُرًّا)؛ لأنا نراعي حصول المنفعة له وثبوت النسب أنفع له، وكونه رقيقاً ضرر عليه، فصح ما فيه نفعه، وبطل ما فيه ضرره؛ ولأن المملوك قد تلد له الحرة، فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك، وإن ادعاه مملوكان، فهو ابنهما ويكون عبداً عند أبي حنيفة.

وقال محمد: هو ابنهما ويكون حرّاً، ولو قال المسلم هو عبدي، وقال النصراني: هو ابني، فهو ابن النصراني ويكون حرّاً.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُ) اعتباراً للظاهر، وكذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليها. وأما إذا كان موضوعاً بقربه لم يحكم له به ويكون لقطة، وإن وجد اللقيط على دابة، فهي له وحكي أن لقيطة وجدت ببغداد وعند صدرها رق منشور فيه:

وهذه بنت شقي وشقية	بنت الطباهجة والقليه
ومعها ألف دينار جعفرية	يشترى بها جارية هنديه
وهذا جزاء من لم يـــــــ	زوج بنته وهي كبيره

وفي رواية: وهي صغيرة.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ تَزْوِيجُ الْمُلْتَقِطِ اللَّقِيطَ)؛ لأنه لا ولاية له عليه من الملك والقرابة والسلطنة، والتصرف على الصغير إنما هو بالولاية ولا يزوجه إلا الحاكم.

قوله: (وَلاَ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ اللَّقِيطِ) اعتباراً بالأم.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الْهِبَةَ)؛ لأنه نفع محض.

قوله: (وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ)؛ لأنه باب تثقيفه واستجلاب المنافع له.

قوله: (وَيُؤَجِّرُهُ) هذه رواية القدوري.

وفي الجامع الصغير: لا يجوز أن يؤجره وهو الأصح؛ لأنه لا يملك إتلاف منافعه، فأشبه العم بخلاف الأم، فإنها تملكها، وجناية اللقيط في بيت المال وميراثه لبيت المال لا للـــذي التقطه، فإذا قتل اللقيط خطأ، فالدية على عاقلة القاتل لبيت المال، وإنما وجبت الديـــة؛ لأنه حر، وإنما كان لبيت المال؛ لأنه لا وارث له إلا المسلمون، وإن قتل عمداً، فالإمام بالخيار إن شاء قتل القاتل، وإن شاء صالحه على الدية عندهما.

وقـــال أبـــو يوسف: له أن يقتله، ولكن يأخذ منه الدية؛ لأن ولاية الإمام تثبت بالعقـــد، فهو كالوصي والوصي ليس له أن يقتل، وليس للإمام أن يعفو في قولهم جميعاً؛ لأن في ذلك إسقاط حق المسلمين من غير بدل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب اللقطة[1]

هـــي بإسكان القاف وتحريكها وهي اسم لما يلتقط من المال. وأخذها أفضل من تركها، وهذا في غير الإبل والبقر؛ لأن ما سواهما يخاف عليه الضياع والتلف، ففي أخذه صيانة له.

قـــوله رحمه الله: (**اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ الْمُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَــى صَاحِبِهَا**)؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً، بل هو الأفضل عند عامة العلماء، وهو واجب إذا خاف الضياع، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه، وكذا إذا تصادقا أنه أخذها للمالك؛ لأن تصادقهما كالبينة، وإن أقر أنه أخذها لنفسه وجب عليه ضـــمانها، وإن أخـــذها ولم يشهد، وقال: أخذتها للمالك وكذبه المالك، فتلفت في يده ضمنها عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يضمنها، والقول قوله؛ لأن صاحب اللقطة يدعي عليه أخذا مضموناً، وهو ينكر، فكان القول قوله.

ولهما: أنه أقر بسبب الضمان، وهو الأخذ وادعى ما يبرئه، وهو الأخذ لمالكه، فلا يـــبرأ، ولو أخذ لقطة ليأكلها، أو ليمسكها لنفسه لم يبرأ من ضمانها، حتى يؤديها إلى يد صاحبها.

وقال زفر: إذا ردها إلى الموضع الذي أخذها منه بريء؛ لأنه قد ردها إلى الموضع الذي أخذها منه، فأشبه ما إذا أخذها ليردها على صاحبها، ثم ردها إلى ذلك الموضع.

ولـــنا: أن الأخذ وقع لنفسه، فصار غاصباً، والغاصب لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك، أو إلى وكيله، وكذا الغاصب إذا ركب الدابة ليردها إلى صاحبها، فتلفت في ذلك الركوب فهو ضامن؛ لأن الأخذ مضمون عليه، فلا يبرأ إلا بالرد إلى يد صاحبها، إلا إلى يد وكيله، فإن أخذ اللقطة ليردها على صاحبها، وأشهد على ذلك، ثم ردها إلى موضعها إن كان لم يبرح من مكانه، حتى ردها فيه لم يضمن، وإن ذهب بها عنه، ثم رجع إليه فردها ضمن، ويكفـــي في الإشهاد أن يقول: من سمعتموه ينشد لقطة، فدلوه علي سواء كانت اللقطة واحـــدة، أو أكثر يعني سواء كانت جنساً واحداً، أو أجناساً مختلفة. ثم إذا أشهد، فجاء

---

(1) إذا وَجَدَ شَخصٌ لُقطَةً نَدَبَ لَهُ رَفْعُهَا لِصَاحِبِهَا، وفَرْضَ عند خَوفِ ضِيَاعِهَا فإنْ أَشْهَدَ عليها وعَرَّفَهَا إلى أن عَلِمَ أنَّ صَاحِبَها لا يَطْلُبُهَا أو أنَّها تَفْسُدُ إنْ بَقِيَتْ كَانَتْ أَمَانَةً فِي يَدِهِ إنْ شَاءَ انْتَفَعَ بِهَا لَوْ فَقِيراً، وإلا تَصَدَّقَ بِهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فهو بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ وإنْ شَاء ضَمَّنَهُ.

صاحبها يطلبها، فقال: قد هلكت، فهو مصدق؛ لأنه أمين حين أشهد، والأمين لا يضمن من غير تعد.

وقوله: «إذا أشهد»: الإشهاد حتم عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يشترط الإشهاد.

والخلاف فيما إذا أمكنه أن يشهد. أما إذا لم يجد من يشهده، أو خاف إذا أشهد أن يأخذه الظلمة، فترك الإشهاد لم يضمن إجماعاً.

قوله: (**فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ عَرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشَرَةً فَصَاعِدًا عَرَّفَهَا حَوْلاً كَامِلاً**) وهذه رواية عن أبي حنيفة.

وقوله: «أياماً»: معناه على حسب ما يرى، وقدره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن التعريف على قدر خطر المال إن كان مائة درهم فصاعداً عرفها حولاً، وإن كان عشرة دراهم فشهراً، وإن كانت ثلاثة دراهم فثلاثة أيام.

وفي الخجندي: إذا كانت ثلاثة دراهم ونحوها عرفها جمعة، وإن كانت درهماً فثلاثة أيام، وإن كانت دانقاً فيوماً. يعني إذا كان الدانق فضة. أما إذا كان ذهباً فثلاثة أيام، وإن كانت كسرة، أو تمرة، أو نحوها تصدق بها مكانها، وإن كان محتاجاً أكلها.

وقيل: إن هذه المقادير كلها ليست بلازمة، وإنما يعرفها مدة يقع بها التعريف وعليه الفتوى.

ثم التعريف إنما يكون جهراً في الأسواق، وأبواب المساجد، وفي الموضع الذي وجد فيه، وفي الجامع، وإن وجد اللقطة رجلان عرفاها جميعاً واشتركا في حكمها.

ولو ضاعت اللقطة من يد ملتقطها فوجدها في يد آخر، فلا خصومة بينه وبينه؛ لأن الأول قد ارتفعت يده، ولو كانا يمشيان فرأى أحدهما لقطة، فقال صاحبه: هاتها، فأخذها لنفسه، فهي للآخذ دون الآمر، وإذا كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنوى المبدد، فإنه يكون إباحة يجوز أخذه من غير تعريف، ولكنه يبقى على مالكه.

قال بعض المشايخ: التقاط السنابل في أيام الحصاد إن كان قليلاً يغلب على الظن أنه لا يشق على صاحبه لا بأس أن يأخذه من غير تعريف، وإلا فلا يأخذه.

قوله: (**فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ تَصَدَّقَ بِهَا**) أما إذا جاء صاحبها، وأقام البينة سلمها إليه إيصالاً للحق إلى مستحقه، وذلك واجب. وأما إذا لم يجئ يتصدق بها ليصل خلفها

إليه، وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها.

قوله: (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا) يعني بعد التصدق بها، فهو بالخيار إن شاء أجاز الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمن الملتقط، فإن ضمنه لم يرجع بها على المسكين؛ لأنه بالتضمين ملكها، فظهر أنه تصدق بملك نفسه فله ثوابها، وإن ضمن المتصدق عليه لم يرجع به أيضاً على الملتقط؛ لأن الصدقة عقد تبرع، فإذا ضمنها الذي تبرع عليه لم يرجع به على المتبرع.

قوله: (وَيَجُوزُ الْتِقَاطُ الشَّاةِ وَالْبَقَرَةِ وَالْبَعِيرِ) هذا إذا خاف عليهم التلف والضياع، مثل أن يكون البلد فيها الأسد واللصوص، أما إذا كانت مأمونة التلف لا يأخذها أما الشاة، فلقوله عليه السلام: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»[1]. وأما الإبل فلقوله عليه السلام: «ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء، وترعى الشجر حتى يأتيها صاحبها فيأخذها»[2].

قوله: (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) لقصور ولايته.

قوله: (وَإِنْ أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ كَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا)؛ لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له، وقد يكون النظر في الإنفاق.

قوله: (وَإِذَا رَفَعَ ذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ آجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أُجْرَتِهَا)؛ لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ وَخَافَ أَنْ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا بَاعَهَا وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا)؛ لأن القاضي ناظر محتاط، فله أن يختار أصلح الأمرين.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الأَصْلَحُ الإِنْفَاقَ عَلَيْهَا أَذِنَ الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى مَالِكِهَا)؛ لأنه نصب ناظراً، وفي هذا نظر من الجانبين، وإنما يأمره بالإنفاق يومين،

---

(1) كنز العمال، كتاب اللقطة من قسم الأفعال، (277/15) رقم الحديث: 40554.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب العلم (باب: الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره) بلفظ: «عن زيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم سأله رجل عن اللقطة فقال: اعرف وكاءها، أو قال: وعاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة، ثم استمتع بها، فإن جاء ربها، فأدها إليه، قال: فضالة الإبل، فغضب حتى احمرت وجنتاه، أو قال: احمر وجهه، فقال: وما لك، ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء، وترعى الشجر فذرها حتى يلقاها ربها، قال: فضالة الغنم قال لك، أو لأخيك أو للذئب».

أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها؛ لأن استدامة النفقة مستأصلة، فلا نظر في الإنفاق مدة مد يده.

قال في الهداية: شرط في الأصل إقامة البينة وهو الصحيح؛ لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده، فلا يؤمر فيه بالإنفاق، وإنما يؤمر في الوديعة، فلا بد من البينة لكشف الحال، وإن قال: لا بينة لي، يقول له القاضي: أنفق عليها إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً، ولا يرجع إن كان غاصباً.

قوله: (**فَإِذَا حَضَرَ الْمَالِكُ فَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِنْهَا حَتَّى يَأْخُذَ النَّفَقَةَ مِنْهُ**)؛ لأنه أحيا ملكه بنفقته، فصار كأنه استفاد الملك من جهته، فأشبه البيع، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس؛ لأنه يصير بالحبس يشبه الرهن.

قوله: (**وَلُقَطَةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ**) هذا احتراز عن قول الشافعي رحمه الله، فإن عنده ما يلتقط في الحرم يعرفه أبداً إلى أن يجيء صاحبه.

قوله: (**وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ وَادَّعَى أَنَّ اللُّقَطَةَ لَهُ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ**)؛ لأنه مدع، فلا يصدق بغير بينة إلا أنه إذا دفعها إليه جاز، لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها»[1].

قوله: (**فَإِنْ أَعْطَى عَلاَمَتَهَا حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلاَ يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ**) وقال مالك والشافعي: يجبر.

والعلامة أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها، ولو صدقه.

قيل: لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة.

وقيل: يجبر؛ لأن الملك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهراً.

قوله: (**وَلاَ يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلَى غَنِيٍّ**)؛ لأن الأغنياء ليسوا بمحل للصدقة.

قوله: (**وَإِنْ كَانَ الْمُلْتَقِطُ غَنِيًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا**)؛ لأنها مال الغير، فلا يباح له الانتفاع به، إلا برضاه والإباحة؛ لأنه محل للصدقة بالإجماع.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (141/2): حديث: «فإن جاء صاحبها، وعرف عفاصها وعددها، فادفعها إليه»، أخرجه أبو داود في حديث زيد بن خالد. وقال زادها حماد بن سلمة، قلت: ولم ينفرد بها، بل بين مسلم أن الثوری وزيد بن أبي أنيسة أيضاً روياها. ولمسلم في رواية: «فإن جاء صاحبها، فعرف عفاصها وعددها، ووكاءها فأعطها إياه»، ولابن حبان: «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها، فأعطه إياها»، ومثله للنسائي.

قوله: (وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا فَلاَ بَأْسَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا)؛ لأنه ذو حاجة.

وقـــال الشافعي: يعرف أبداً، ولا يجوز له أن ينتفع بها، لقوله عليه السلام: «ولا تحل اللقطة»[1].

قـــوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا إِذَا كَانَ غَنِيًّا عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَـــرَاءَ)؛ لأنه لما جاز له أن ينتفع بها إذا كان فقيراً جاز أن يتصدق بها على هؤلاء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(1) قـــال ابـــن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (141/2): حديث: «من التقط شـــيئا فليعرفه سنة»، هو طرف من حديث أخرجه البزار والدارقطنى، من حديث أبي هريرة: «أن الـــنبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال: «لاتحل اللقطة، فمن التقط شيئاً، فليعرفه سنة، فـــإن جـــاء صاحبه فليرده إليه، وإن لم يأت فليتصدق به، فإن جاء فليخبره بين الأجر وبين الذي له»، وفي إسناده يوسف بن خالد وهو ضعيف. ولإسحاق عن عياض بن حمار رفعه: «من أصاب لقطـــة، فليشهد ذوى عدل» ثم لايكتم، وليعرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء».

كتاب الخنثى

هــو اســم لمولود له فرج وذكر، يورث من حيث مباله، فإذا اشتبه حاله ورث بالأحــوط، حتى ينكشف حاله، وكذا إذا لم يكن له فرج ولا ذكر، ويخرج الحدث من دبره أو من سرته كذا في الينابيع.

قــوله رحمه الله: (إِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ، فَهُوَ خُنْثَى فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْ الذَّكَــرِ، فَهُوَ غُلاَمٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْهُمَا وَالْبَوْلُ يَسْبِقُ مِنْ أَحَدِهِمَا يُنْسَبُ إِلَى الأَسْبَقِ)؛ لأن السبق من أحد الموضعين يدل على أنه هو الأصل، وأنه عدل إلى المجرى الآخر لعلة، أو عارض.

قــوله: (وَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ سَوَاءً فَلاَ مُعْتَبَرَ بِالْكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن البول يقل ويكثر لأجل ضيق المخرج وسعته، فلا دلالة لقلته ولا لكثرته.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُنْسَبُ إِلَى أَكْثَرِهِمَا) بولاً؛ لأن كثرته تدل على أنه هو المجرى في الأصل؛ لأن للأكثر حكم الكل، فيترجح بالكثرة. فإن استويا في الكثرة، قالوا جميعاً: لا علم لنا بذلك، وهو مشكل ينتظر به إلى أن يبلغ.

قوله: (فَإِذَا بَلَغَ الْخُنْثَى وَخَرَجَ لَهُ لِحْيَةٌ أَوْ وَصَلَ إِلَى النِّسَاءِ فَهُوَ رَجُلٌ) وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجال، أو كان له ثدي مستوي.

قــوله: (وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ كَثَدْيِ الْمَرْأَةِ أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ، أَوْ حَاضَ، أَوْ حَبِلَ، أَوْ أَمْكَنَ الْوُصُولُ إِلَيْهِ مِنْ الْفَرْجِ، فَهُوَ امْرَأَةٌ)؛ لأن هذا من علامات النساء. وأما خروج المني، فلا اعتبار به؛ لأنه يخرج من المرأة كما يخرج من الرجل، كذا في شرحه.

وصورة الحبل: بأن يتمسح بخرقة فيها مني.

فإن قيل: ظهور الثديين علامة مستقلة، فلا حاجة إلى ذكر اللبن؟

قــيل؛ لأن اللــبن قد ينــزل ولا ثدي، أو يظهر له ثدي بحيث لا يتميز من ثدي الرجل، فإذا نزل اللبن وقع التمييز.

قــوله: (فَــإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ إِحْدَى هَذِهِ الْعَلاَمَاتِ، فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ) إنما قال: «فهو» ولم يقل: «فهي»؛ لأنه لو أنثه يكون تعييناً لأحد الأمرين. وقيل: إنما ذكره؛ لأن التذكير هو الأصل لا على التعيين.

قوله: (فَإِذَا وَقَفَ خَلْفَ الإِمَامِ قَامَ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) والأصل في ذلك: أن الخنثى المشكل يؤخذ له في جميع أموره بالأحوط في أمور الدين، فإذا ثبت هذا، قلنا: يقف بين صف الرجال والنساء؛ لأنه يحتمل أن يكون امرأة، فإذا وقف في صف الرجال أفســد علــيهم، ويحتمل أن يكون رجلاً، فإذا وقف في صف النساء أفسدن عليه، فأمر

بالوقوف بين ذلك ليأمن الأمرين، فإن وقف في صف النساء أعاد صلاته لاحتمال أنه رجل، وإن قام في صف الرجال، فصلاته تامة، ويعيد الذي عن يمينه والذي عن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً لاحتمال أنه امرأة وأحب إلينا أن يصلي بقناع، ويجلس في صلاته كما تجلس المرأة، فإن صلى بغير قناع أمر بالإعادة لاحتمال أنه امرأة.

قال في الهداية: وهو على الاستحباب، وإن لم يعد أجزأه، ويكره له لبس الحرير والحلي، وأن ينكشف قدام الرجال والنساء.

ويكره أن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة، وأن يسافر بغير محرم من الرجال وإن أحرم بحج، وقد راهق.

قال أبو يوسف: لا علم لي بلباسه؛ لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه.

وقال محمد: يلبس لباس المرأة؛ لأن ترك لبس المخيط، وهو امرأة أفحش من لبسه، وهو رجل ولا شيء عليه؛ لأنه لم يبلغ.

وفي شرحه: إذا أحرم بعد ما بلغ بحجة، أو عمرة.

قال أبو يوسف: لا علم لي بلباسه.

وقال محمد: يلبس لباس امرأة، ولا شيء عليه؛ لأنه لا يؤمن أن يكون امرأة، فستره أولى من كشفه.

وينبغي عند محمد أنه يجب عليه الدم احتياطاً لاحتمال أن يكون ذكراً، وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة بل ييمم، فإن يممه أجنبي يممه بخرقة، وإن كان ذا رحم محرم منه يممه بغير خرقة، ولا يقال: هلا يشترى له جارية تغسله كما قلتم في الختان؟

قلنا: الميت لا يملك، فالجارية بعد موته تكون أجنبية.

وقال شمس الأئمة: يجعل في كوارة ويغسل. وهذا كله إذا كان يشتهى أما إذا كان طفلاً، فلا بأس أن يغسله رجل أو امرأة، ويسجى قبره، ويكفن كما تكفن المرأة في خمسة أثواب.

قال في الينابيع: لا يقتل الخنثى بالردة، ويحد في القذف في السرقة إذا كان قد بلغ ولا يحد قاذفه؛ لأنه بمنزلة المجبوب وقاذف المجبوب لا حد عليه ولا قصاص في أطرافه، ويجب فيه دية الأنثى إذا قتل خطأ.

قوله: (وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ)؛ لأنه يباح لمملوكته النظر إليه؛ لأنه إذا كان رجلاً فأمة الرجل تنظر إليه، وإن كان امرأة، فالمرأة تنظر إلى المرأة. وهذا إذا

كان يشتهى. أما إذا كان لا يشتهى جاز للرجال والنساء أن يختنوه.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ابْتَاعَ لَهُ الإِمَامُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَمَةً تَخْتِنُهُ فَإِذَا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا الإِمَامُ وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ)؛ لأن شراءها، إنما هو للحاجة وبعد فراغها زالت الحاجة.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَّفَ ابْنًا وَخُنْثَى فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى ثَلاثَةِ أَسْهُمٍ لِلابْنِ سَهْمَانِ وَلِلْخُنْثَى وَهُوَ ابْنَةٌ عِنْدَهُ فِي الْمِيرَاثِ إِلاَّ أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلِكَ) يعني إلا أن يتبين أن نصيب الأنثى أكثر من نصيب الذكر، فيعطى حينئذ نصيب ذكر. وذلك في مسائل:

منها: إذا ماتت المرأة عن زوج وأبوين وولد خنثى، فالمال بينهم على اثني عشر للزوج ثلاثة وللأبوين أربعة وللخنثى خمسة؛ إذ لو كان أنثى لكان له ستة وكانت تعول المسألة إلى ثلاثة عشر.

ومنها: إذا ماتت عن زوج وأخ لأم وخنثى لأب وأم من ستة للزوج ثلاثة وللأخ للأم سهم والباقي للخنثى وهو سهمان، ولو كان أنثى لها ثلاثة.

ومنها: إذا ماتت عن زوج وأخت لأب وأم وخنثى لأب من اثنين للزوج النصف سهم وللأخت النصف سهم، ولا شيء للخنثى بالإجماع؛ لأن الخنثى متى ورث في حال دون حال لا يرث بالشك.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ رَجُلٍ وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ) واسمه عامر بن شرحيل.

قوله: (وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ) يعني قول الشعبي.

فقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة.

ووجهه: أن الابن يستحق الكل إذا انفرد والخنثى ثلاثة أرباع، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذاك بأربعة؛ لأن نصيب الابن أربعة أرباع ونصيب الخنثى ثلاثة أرباع.

قوله: (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ لِلابْنِ سَبْعَةٌ وَلِلْخُنْثَى خَمْسَةٌ) ووجهه: أن يقول: لو كان ذكراً لكان له النصف، ولو كان أنثى كان له الثلث، فيعطى نصف النصف ونصف الثلث، فيحتاج إلى حساب لنصفه نصف ولثلثه نصف، وأقله اثنا عشر، فيعطيه نصف النصف، وهو ثلاثة ونصف الثلث، وهو سهمان، فذلك خمسة وللابن سبعة.

وطريق أخرى: أن تقول: لو كان ذكراً كانت من اثنين، ولو كان أنثى كانت من ثلاثة، فاضرب إحداهما في الأخرى يكون ستة فالنصف بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم اقسم النصف الثاني بينهم نصفين، فينكسر فأضعف الفريضة، وهي ستة تكون اثني عشر، ثم اقسم النصف بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون للخنثى سهمان وللابن أربعة، ثم اقسم النصف الثاني بينهما نصفين، فيحصل للخنثى ثلاثة إلى هذين السهمين يكون خمسة. وإن شئت قلت: لو كان الخنثى ذكراً لكان المال بينهما نصفين. وإن كان أنثى، فهو أثلاث، فاحتجت إلى شيء له نصف وثلث وذلك ستة، ففي حال المال بينهما نصفان للخنثى ثلاثة وللابن ثلاثة، وفي حال أثلاث للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد، فيتنصف فيكون له سهمان ونصف، فانكسر فأضعفه على ما تقدم فثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثني عشر؛ لأنك لو زدت نصف السبع على ثلاثة أسباع يصير نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال إلا بزيادة سهم من اثني عشر وذلك نصف السدس وهو أكثر من نصف السبع فثبت أن ما قاله أبو يوسف أنفع للخنثى.

والطريق الواضح: أن تضرب السبعة في الاثني عشر حيث لا موافقة بينهما تكون أربعة وثمانين، ثم اضرب من له شيء من سبعة في اثني عشر، فيكون للخنثى ستة وثلاثون، واضرب من له شيء من اثني عشر في سبعة وللخنثى خمسة من اثني عشر مضروبة في سبعة، يكون خمسة وثلاثين، فظهر أن التفاوت سهم من أربعة وثمانين، وهو نصف سدس سبع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب المفقود

هو الذي يخرج في جهة فيفقد ولا تعرف جهته، ولا موضعه، ولا يستبين أمره، ولا حياته، ولا موته، أو يأسره العدو، ولا يستبين أمره، ولا قتله، ولا حياته.

قوله رحمه الله: (إِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوْضِعٌ وَلَمْ يُعْلَمْ أَحَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ نَصَّبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْفِي حُقُوقَهُ)؛ لأنه نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه، والمفقود بهذه الصفة؛ لأنه عاجز عن حفظ ماله، فصار كالصبي والمجنون.

وقوله: «ويستوفي حقوقه»: يعني الديون التي أقر بها غريم من غرمائه، ويستوفي غلاته يتقاضاها ويخاصم في دين وجب بعقده، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود، ولا في نصيب له في عقار، أو عروض في يد رجل؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض منه جهة القاضي، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين. وما كان يخاف عليه الفساد من مال المفقود أمر القاضي ببيعه كالثمار ونحوها، وما لا يخاف عليه الفساد لا يباع لا في نفقة ولا في غيرها؛ لأن القاضي لا ولاية على الغالب إلا في حفظ ماله، وما لا يخاف عليه الفساد محفوظ بنفسه.

قال الخجندي: المفقود ميت في حق نفسه حي في حق غيره.

ومعنى قوله: «ميت في حق نفسه»: أنه لا يرث من غيره لجواز أنه قد مات قبل موت مورثه، فلا يرث بالشك وحي في حق غيره، حتى إنه لا يورث منه، ولا يقسم ماله بين ورثته؛ لأنا عرفنا المال له بيقين، فلا يزول عنه بالشك، وكذا لا تبين منه امرأته؛ لأنا عرفنا النكاح قائماً بينهما، فلا يزول بالشك. وقد قيل: إن المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره على عكس الأول. أما كونه حياً في حق نفسه، فإنا لا نزيل أملاكه عنه لاستصحاب الحياة فيه وميت في حق غيره حتى لا نورثه من غيره؛ لأنا لا نتيقن حياته، فلا نورثه بالشك.

قوله: (وَيُنْفِقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ) يعني أولاده الصغار، وكذا ينفق على أبويه من ماله، وعلى جميع قرابة الولاء. والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأن القضاء حينئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها حال حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته؛ لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب لا يجوز. فمن الأولى: الأولاد الصغار، والإناث من أولاد الكبار والزمنى من الذكور الكبار. ومن الثاني: الأخ والأخت

والخال والخالة.

وقوله: «من ماله»: يعني الدراهم والدنانير والكسوة والمأكول. فأما ما سوى ذلك من الدور والعقار والحيوان والعبيد، فلا يباع إلا الأب، فإنه يبيع المنقول في النفقة عند أبي حنيفة، ولا يبيع غير المنقول، وعندهما: لا يبيع شيئاً.

قوله: (وَلاَ يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ) وقال مالك: إذا مضت أربع سنين يفرق القاضي بينهما، وتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن في المدينة، وكفى به إماماً وقدوة؛ ولأنه منع حقها بالغيبة، فيفرق بينهما بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة. وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين، كذا في الهداية.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود: «أنها امرأته حتى يأتيها البيان»[(1)]. وقول علي رضي الله عنه: «هي امرأته ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق»[(2)]. خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع، وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه[(3)]. ولو قضى في امرأة المفقود على قول عمر؛ لأنه قد صح رجوع عمر إلى قول علي رضي الله عنهما، وكان الإمام السمرقندي يفتي بأنه ينفذ كذا في الفتاوى الظهيرية.

قوله: (فَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ، وَاعْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ) هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وفي ظاهر المذهب: يقدر بموت الأقران.

وفي المروي عن أبي يوسف: بمائة سنة، وقدره بعضهم بتسعين سنة، فإذا حكم بموته وجب على امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بموته.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (143/2): حديث امرأة المفقود: «هي امرأته حتى يأتيها البيان»، الدارقطني من حديث المغيرة بن شعبة. وسئل أبو حاتم عنه، فقال: منكر، وفي إسناده سوار ابن مصعب، عن محمد بن شرحبيل، وهما متروكان.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (143/2): فأخرج عبد الرزاق من طريق الحكم بن عتيبة أن علياً قال في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق.

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (143/2): وأما رجوع عمر فلم أره. لكن قال عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج، بلغني أن ابن مسعود وافق علياً على أنها تنتظره أبداً.

قــوله: (وَقُسِّمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَوْجُودِينَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ) كأنه مات في ذلك الوقت معاينة.

قوله: (وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ)؛ لأنه قبل الحكم بموته مبقى على الحياة.

قــوله: (وَلاَ يَرِثُ الْمَفْقُودُ مِنْ أَحَدٍ مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ) لما بينا أنه ميت في حق غــيره، فــلا يرث في كونه ميتاً في حق غيره، بل يوقف نصيبه، ولا يصرف لما عليه من الحقوق، وكذا إذا أوصي له بوصية كانت موقوفة؛ لأنه يحتمل أن يكون ميتاً، فلا يصح، ويحتمل أن يكون حيّاً، فيصح فلهذا وقفت، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الإباق

والإباق هو التمرد، والانطلاق، وهو من سوء الأخلاق، ورداءة الأعراق. ورده إلى مولاه إحسان. وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان، وأخذ الآبق أفضل من تركه في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه. قال الثعالبي: الأبق الهارب من غير ظلم السيد، فإن هرب من الظلم لا يسمى آبقاً، بل يسمى هارباً، فعلى هذا الإباق عيب، والهرب ليس بعيب.

قوله رحمه الله: (إِذَا أَبَقَ الْمَمْلُوكُ فَرَدَّهُ رَجُلٌ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِداً فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلٌ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا) هذا استحسان. والقياس: أن لا يجب شيء إلا بالشرط. وأما رد العبد الضال، أو الشاة، أو البعير، فلا شيء فيهم.

قوله: (وَإِنْ كَانَ رَدُّهُ مِنْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَبِحِسَابِهِ) وفي الهداية: يقدر الرضخ في الرد عما دون الثلاثة باصطلاحهما، أو يفوض إلى رأي القاضي.

وقيل: يقسم الأربعون على الثلاثة الأيام، وإن جاء بالآبق رجل إلى مولاه، فأنكر مولاه أن يكون آبقاً، فالقول قول المولى؛ لأنه يدعي برده وجوب حق على المولى وهو ينكره، فإن أقام بينة أنه آبق من مولاه، أو أن مولاه أقر بذلك قبلت بينته، ويجب الجعل، وفي رد المدبر، وأم الولد إذا كان في حياة المولى، فإن مات المولى قبل أن يصل بهما، فلا شيء له؛ لأنهما عتقا بموته، ويجب الجعل في رد المأذون؛ لأنه عبد وإباقه حجر عليه، وإن أبق المكاتب، فرده رجل على مولاه، فلا شيء له؛ لأن المكاتب في يد نفسه، فلم يستفد المولى بالرد ملكاً زال عنه بالإباق، فإن كان الراد اثنين، والعبد واحداً، فجعل الواحد بينهما، وكذا إذا كان السيد اثنين والعبد واحداً، فالجعل بينهما على قدر الملك، وإن كان العبد اثنين والسيد واحداً، فعليه جعلان، ولمن جاء بالآبق أن يمسكه بالجعل، فإن هلك في يده، فلا ضمان عليه إذا كان يمسكه بالجعل، وكذا لا جعل له؛ لأن الجعل سقط بالهلاك، وإن جاء بالآبق، فوجد السيد، قد مات فالجعل في تركته، فإن كان على المولى دين يحيط بماله، فله الجعل، وهو أحق بالعبد، حتى يعطى الجعل، وإن لم يكن له مال غيره بيع العبد وبدئ بالجعل، ثم قسم الباقي بين الغرماء. وإن كان الراد ذا رحم محرم من المولى كالأخ والعم والخال وسائر ذوي الأرحام إن كان في عياله، فلا جعل له، وإن لم يكن في عياله، فله الجعل، وإن وجد الرجل عبد أبيه فرده، فلا جعل له سواء كان في عياله، أو لم يكن، وكذا المرأة والزوج وإن وجد الأب عبد ابنه إن لم يكن في عياله، فله الجعل وإن كان في عياله، فلا جعل له.

قال في الهداية: إذا كان الراد أباً للمولى، أو ابنه وهو في عياله، أو رده أحد الزوجين على الآخر، فلا جعل فيه؛ لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة، وإن أبق عبد الصبي، فرده

إنســـان، فالجعل في مال الصبي. وأما إذا رده وصيه، فلا جعل له؛ لأنه رده إلى يد نفسه، وإن رد السلطان آبقاً على مولاه، فلا جعل له؛ لأنه فعل ما هو واجب عليه كالوصي كذا في الينابيع.

قـــوله: (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا قُضِيَ لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلاَّ دِرْهَماً) هذا قولهما.

وقـــال أبـــو يوسف: يجب له أربعون درهماً، وإن كانت قيمته درهما واحداً؛ لأن التقدير بالأربعين ثبت بالنص، فلا ينقص عنها؛ لأن الصحابة حين أوجبوا ذلك لم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها.

ولهمـــا: أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك، فينقص درهماً ليسلم للمالك شيء تحقيقاً للفائدة.

قـــوله: (وَإِنْ أَبَقَ مِنْ الَّذِي رَدَّهُ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لأنه أمانة في يده، لكن هذا إذا أشهد حين أخذه.

وفي بعـــض النسخ: «فلا شيء له»: وهو صحيح؛ لأنه في معنى البائع من المالك، ولهذا إذا كان له أن يحبس الآبق، حتى يستوفي الجعل بمنـــزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن، ولهذا إذا مات في يده لا شيء له، وإن أعتقه المولى في حال إباقه وجاء به رجل لم يستحق شيئاً من الجعل؛ لأن الملك زال بالعتق، فصار كأنه رد حرّاً، وإن أعتقه حين رده فله الجعل؛ لأنه بالعتق قابض له، فصار كما لو قبضه ثم أعتقه، وكذا إذا باعه من الراد كان له الجعل؛ لأنه لا يتمكن من بيعه إلا بعد قبضه وبقبضه يستحق الجعل؛ ولأنه قد سلم له البدل.

ولـــو مات العبد قبل أن يرده، فلا شيء له ثم إن كان أشهد عليه حين أخذه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لما أشهد صار أخذه على وجه الأمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي، وإن لم يشهد ضمن عندهما.

وقال أبو يوسف: لا ضمان عليه.

قـــوله: (وَيَنْبَغِي أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخَذَهُ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ عَلَى مَوْلاَهُ)؛ لأنه يجوز أن يكون أخذه لنفسه، فاشترطت الشهادة لتزول التهمة.

قـــال في الهداية: الإشهاد حتم في قول أبي حنيفة ومحمد، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما؛ لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه، وإذا جاء بالآبق إلى مـــولاه، فوهـــبه له قبل أن يقبضه، فلا جعل له، وإن قبضه ثم وهبه، فله الجعل، وإن

أدخلـــه مصر مولاه، فأبق قبل أن يصل به إلى مولاه، فلا جعل له، فإن جاء به رجل بعد ذلك، فللذي جاء به الجعل إذا رده من مسيرة ثلاثة أيام، ولا شيء للأول.

قال في شرحه: ويجوز عتق الآبق عن ظهاره إذا كان حيّاً؛ لأنه باق على ملكه، ولا يجوز بيعه إلا ممن هو في يده؛ لأنه غير مقدور على تسليمه، وإنما جاز بيعه على من هو في يده؛ لأنه قادر على قبضه.

قـــوله: (وَإِنْ كَانَ الآبِقُ رَهْناً فَالْجُعْلُ عَنْ الْمُرْتَهِنِ) وإباقه لا يخرجه عن الرهن والرد في حياة الراهن وبعده سواء؛ لأن الرهن لا يبطل بالموت، وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين، أو أقل منه، فإن كانت أكثر فبقدر الدين الذي عليه والباقي على الراهن؛ لأن حقه تعلـــق بالقدر المضمون، ثم إن كانت قيمته والدين سواء، وأدى الراهن الجعل قضاء من ديـــن المرتهن، ولو كان الآبق أمة ومعها ولد رضيع، فالجعل واحد ولا عبرة بالولد، كذا في الينابيع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب إحياء الموات[1]

أرض الموات هي التي لم تكن ملكاً لأحد، ولم تكن من مرافق البلد، وكانت خارج البلد قربت من البلد، أو بعدت.

قال رحمه الله: (**الْمَوَاتُ مَا لاَ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ الأَرْضِ لانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنْهُ أَوْ لِغَلَبَةِ الْمَاءِ عَلَيْهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزِّرَاعَةَ**) بأن صارت سبخة، أو نزية؛ لأن الانتفاع يدل على الحياة.

قوله: (**فَمَا كَانَ مِنْهَا عَادِيًا لاَ مَالِكَ لَهُ أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الإِسْلاَمِ وَلاَ يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنْ الْقَرْيَةِ بِحَيْثُ إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ فِي أَقْصَى الْعَامِرِ فَصَاحَ لَمْ يُسْمَعْ الصَّوْتُ مِنْهُ فَهُوَ مَوَاتٌ**) العادي: هو ما تقدم خرابه لا أنه مكان لعاد؛ لأن جميع الموات لم تكن لعاد.

وقوله: «إذا وقف إنسان في أقصى العامر»: يعني إنساناً جهوري الصوت، وهذا الذي اختاره الشيخ قول أبي يوسف.

وذكر الطحاوي: أن ما ليست ملكاً لأحد، ولا هي من مرافق البلد، وكانت خارج البلد سواء قربت، أو بعدت، فهي موات، وهو قول محمد.

فأبو يوسف: اشترط البعد؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه.

ومحمد: اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة.

قوله: (**مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ مَلَكَهُ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَمْلِكُهُ**) لقوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له»[2].

---

(1) إحياءُ الْمَوَاتِ شرعاً: إصلاحُ الأرضِ الْمَوَاتِ بِالْبِنَاءِ أَوِ الْغَرْسِ أَوِ الْكِرَابِ.
وشروطُهُ أربعةٌ:
1- الإذنُ العامُّ.
2- وأن تكونَ الأرضُ حرةً لم يَجْرِ عليها مِلْكٌ لِمُسْلِمٍ ولا ذِمِّيٍّ.
3- وأن تكونَ غيرَ مُنْتَفَعٍ بِهَا.
4- وأن تكونَ بعيدةً عن القريةِ بحيثُ إذا صَاحَ مَنْ بأقْصَى العامِرِ لا يُسْمَعُ بِهَا صَوْتُهُ.
وصفةُ الإحياءِ: ما كانَ في العادةِ إحياءً لِلْمَحْيَا.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في تخريج أحاديث الهداية (244/2): حديث: «من أحيا أرضاً ميتة فهي لـه»، البخاري من طريق عروة، عن عائشة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أعمر أرضاً =

ولأبي حنيفة قوله عليه السلام: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»[1]؛ ولأنه حق للمسلمين، فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كمال بيت المال.

ثم عند أبي حنيفة: إذا لم يملكها بالإحياء وملكه إياها الإمام بعد الإحياء تصير ملكاً لـــه، والأولى للإمـــام أن يجعلها له إذا أحياها ولا يستردها منه، وهذا إذا ترك الاستئذان جهلاً. أما إذا تركه تهاوناً بالإمام كان له أن يستردها زجراً له، فإذا تركها له الإمام تركها بعشر، أو خراج.

وفي الهداية: يجب فيها العشر؛ لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز، إلا إذا سقاها بماء الخراج حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء.

قوله: (وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ كَمَا يَمْلِكُ الْمُسْلِمُ)؛ لأن الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبي حنيفة إذن الإمام من شرطه.

قـــوله: (وَمَنْ حَجَّرَ أَرْضًا وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ أَخَذَهَا الإِمَامُ مِنْهُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ) حجر: بالتشديد، ويروى بالتخفيف أيضاً؛ لأنه إذا ترك عمارتها ثلاث سنين، فقد أهملـــها. والمقصود من دار الإسلام إظهار عمارة أراضيها تحصيلاً لمنفعة المسلمين من حـــيث العشر، أو الخراج؛ ولأن التحجير ليس بإحياء يملك به، وإنما الإحياء هو العمارة والتحجير، إنما هو للإعلام سمي به؛ لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الحجارة حوله، أو يعلمونه بحجر غيرهم عن إحيائه، وإنما قدر بثلاث سنين؛ لأن الغالب أن الأراضي تزرع في السنة مـــرة، وأكثر ما جعل للارتياء في جنس ما يستدل به على الرغبة والاختيار الثلاث، وهي الـــثلاث من ذلك النوع، فإذا تركها هذا القدر فالظاهر أنه قصد إتلافها وموتها، فوجب علـــى الإمـــام إزالة يده عنها، وهذا كله ديانة. أما إذا أحياها غيره قبل مضي هذه المدة

=

ليســـت لأحد، فهو أحق». قال عروة: وقضى بها عمر في خلافته. وأخرجه أبو يعلى والدارقطني والطيالسي وابن عدي من وجه آخر، عن عروة عن عائشة بلفظ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له».
وفي الـــباب: عـــن جابـــر أخرجه الترمذي والنسائي من رواية أيوب، عن هشام بن عروة، عن وهـــب بن كيسان عنه بلفظ: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له». وخالفه وكيع عن هشام فقال: عن ابـــن أبي رافع عن جابر، أخرجه ابن أبي شيبة. وأخرجه ابن حبان من وجه آخر عن جابر. وعن فضـــالة بن عبيد رفعه: «الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» أخرجه الطبراني في الأوسط.

(1) قال ابن حجر العسقلاني في تخريج أحاديث الهداية (244/2): حديث: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» الطبراني من حديث معاذ.

ملكها، وإنما هذا كالاستيام فيكره، ولو فعله جاز العقد.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنْ الْعَامِرِ وَيُتْرَكُ مَرْعًى لأَهْلِ الْقَرْيَةِ وَمَطْرَحاً لِحَصَائِدِهِمْ) ومحتطبهم لتحقق حاجتهم إليها، فلا تكون موتاً لتعلق حقهم بها.

قوله: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْراً فِي بَرِّيَّةٍ فَلَهُ حَرِيمُهَا) معناه: إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام عند أبي حنيفة وبإذنه وغير إذنه عندهما؛ لأن حفر البئر إحياء؛ ولأن حريم البئر كفناء الدار وصاحب الدار أحق بفناء داره، فكذا حريم البئر.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ لِلْعَطَنِ فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً) يعني من كل جانب أربعون هو الصحيح عطناً لماشيته، فإن كان الحبل الذي ينزع به يجاوز الأربعين، فله منتهى الحبل؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك كذا في شرحه.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ فَسِتُّونَ ذِرَاعاً) هذا عندهما.

وقال أبو حنيفة: أربعون كما في العطن والكلام في طول الحبل كالكلام في العطن.

وعلى قولهما: ستون من كل جانب ذكره الخجندي، والذراع المعتبر يزيد على ذراع العامة بقبضة، والناضح البعير الذي يستقى عليه الماء.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ عَيْناً فَحَرِيمُهَا ثَلاَثُمِائَةِ ذِرَاعٍ) وفي الهداية: خمسمائة ذراع؛ لأن العين تستخرج للزراعة، فلا بد من موضع يجري فيه الماء، ومن حوض يجتمع فيه الماء، ومن نهر يجري فيه الماء إلى المزرعة، فلهذا قدر بالزيادة، والتقدير بخمسمائة من كل جانب.

قوله: (وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا بِئْراً مُنِعَ مِنْهُ) كي لا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به، فإن حفر فللأول أن يكبسها تبرعاً، فإن أراد أن يأخذ الثاني بكبسها قيل له ذلك؛ لأن حفره جناية منه كما في الكناسة يلقيها في دار غيره، فإنه يؤخذ برفعها.

وقيل: يضمنه النقصان ثم يكبسها لنفسه، وهو الصحيح، وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الأولى، فذهب ماء البئر الأولى، فلا شيء عليه؛ لأنه غير متعد في الحفر، فللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضاً، حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حريمه؛ لأنه يحتاج إلى حريم ليجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع، كذا في الهداية.

قوله: (مَا تَرَكَ الْفُرَاتُ أَوْ الدِّجْلَةُ وَعَدَلَ عَنْهُ الْمَاءُ فَإِنْ كَانَ يَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ) لحاجة العامة إلى كونه نهراً.

قوله: (وَإِنْ كَانَ لاَ يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ فَهُوَ كَالْمَوَاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيماً لِعَامِرٍ

يَمْلِكُهُ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ) اشتراط إذن الإمام إنما هو قول أبي حنيفة.

قــوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهَرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يُقِــيمَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَهُ مُسَنَّاةٌ يَمْشِي عَلَيْهَا وَيُلْقِي عَلَيْهَا طِيــنَهُ)؛ لأن النهــر لا ينــتفع به إلا بحريم يلقي عليه طينه، ويجتاز عليه إلى النهر لينظر مصــالحه، فكان الظاهر أن الحريم له؛ ولأنه يحتاج إلى المشي ليسيل الماء عنه، ولا يمكنه المشــي عادة في بطن النهر، ولا يمكنه إلقاء الطين إلى مكان بعيد إلا بحرج، فيكون له الحريم اعتباراً بالبئر، ولأبي حنيفة أن الحريم في البئر عرفناه بالأثر؛ ولأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستيفاء ولا استيفاء إلا بالحريم.

وقوله: «مسناة»: وهو الطريق.

وقيل: هو الزبير بلغتنا.

فعند أبي يوسف: له قدر نصف بطن النهر من كل جانب.

وعند محمد: قدر جميعه من كل جانب.

وثمــرة الخــلاف: أن ولايــة الغرس لصاحب الأرض عند أبي حنيفة، وعندهما: لصاحب النهر.

وأما إلقاء طين النهر عند أبي حنيفة، فاختلف فيه المشايخ؟

قال بعضهم: ينقله إلى موضع غير مملوك لأحد.

وقال بعضهم: له أن يلقيه على المسناة ما لم يفحش.

وأما المرور فقد قيل: يمنع منه عنده.

وقيل: لا يمنع للضرورة.

وقال أبو جعفر: نأخذ بقوله في الغرس، وبقوله ما في إلقاء الطين، والله أعلم.

كتاب المأذون

الإذن: عبارة عن فك الحجر وإسقاط الحق عندنا. والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته؛ لأنه بعد الإذن بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق، وعقله المميز، وانحجاره عن التصرف لحق المولى كي لا يتعلق الدين برقبته، أو كسبه وذلك مال المول،ى فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه.

قول رحمه الله: **(إِذَا أَذِنَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ)** بأن يقول له: أذنت لك في التجارة ولا يقيده.

قوله: **(يَبِيعُ وَيَشْتَرِي يَعْنِي بِمِثْلِ الْقِيمَةِ وَبِنُقْصَانٍ)** لا يتغابن فيه عند أبي حنيفة وبنقصان يسير إجماعاً. ولا يجوز عندهما بالغبن الفاحش؛ لأنه بمنـــزلة التبرع، فلا ينظمه الإذن بخلاف اليسير؛ لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه، ولأبي حنيفة أنه متصرف بأهلية نفسه، فصار كالحر. وعلى هذا الصبي المأذون له، فإن حابى العبد المأذون في مرض موته يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين، فإن كان فمن جميع ما بقي؛ لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة، ولا وارث للعبد وإن كان الدين محبطاً بما في يده يقال للمشتري، إذ جميع المحاباة وإلا فاردد المبيع كما في الحر، وله أن يسلم، ويقبل السلم؛ لأنه تجارة وله أن يوكل بالبيع والشراء؛ لأنه قد لا يتفرغ بنفسه.

قوله: **(وَيَرْهَنُ وَيَسْتَرْهِنُ)**؛ لأنهما من توابع التجارة، فإنها إيفاء واستيفاء، ويملك أن يستأجر الأجراء والبيوت؛ لأنه من صنيع التجار، ويأخذ الأرض مزارعة؛ لأن فيه تحصيل الربح، وله أن يشارك شركة عنان، ويدفع المال مضاربة ويأخذها؛ لأنه من عادة التجار، وله أن يؤجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي، وليس له أن يبيع نفسه؛ لأنه ينحجر، ولا أن يرهن نفسه؛ لأنه يحبس، فلا يحصل مقصود المولى. أما الإجارة. فلا ينحجر بها. ويحصل بها المقصود. وهو الربح.

قوله: **(وَإِنْ كَانَ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ بِعَيْنِهِ دُونَ غَيْرِهِ فَهُوَ مَأْذُونٌ لَهُ فِي جَمِيعِهَا)**، مثل أن يأذن في البر، فإنه يجوز فيه وفي غيره.

وقال زفر: لا يكون مأذوناً له إلا في ذلك النوع؛ لأن الإذن توكيل وإنابة من المولى.

ولنا: أنه إسقاط الحق، وفك الحجر، وعند ذلك يظهر مالكية العبد، فلا يختص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل، فإنه يتصرف في مال غيره، وإن وقت له الإذن، مثل أن يقول: أذنت لك شهراً في التجارة، فهو مأذون له أبداً حتى يحجر عليه؛ لأن إذنه إطلاق من حجر، فلا يتوقف التصرف فيه كالبلوغ والعتق، وكذا إذا رآه المولى يبيع، ويشتري،

فلم ينهه، وسكت عن ذلك كان إذنا؛ لأنه يتصرف لنفسه، وللمولى حق في تصرفه، فصار سكوته رضا به كما أن المشتري لما كان متصرفاً لنفسه، وللشفيع حق في تصرفه كان سكوته عن الطلب إسقاطاً لحقه كذا هذا، ولا يشبه هذا إذا رأى رجلاً يبيع له شيئاً، فسكت عنه لم يكن سكوته إذناً في جواز بيعه؛ لأن بائع عبد غيره، إنما يصح تصرفه بالتوكيل، فإذا لم يوجد منه الرضا بالتوكيل لم يصح بيعه، وإن قال: أجر نفسك، أو اقعد قصاراً، أو صباغاً، فهو إذن له في التجارة، وله أن يتصرف في ذلك وفي غيره؛ لأن الإجارة من التجارة، وذكر بعض التجارة إذن له في جميعها.

قوله: (وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ لَهُ)؛ لأنه استخدام، مثل أن يأمره بشراء ثوب للكسوة، أو طعام لأهله، وهذا؛ لأنه لو صار مأذوناً بهذا ينسد عليه باب الاستخدام. ولو قال له: إذا جاء غد، فقد أذنت لك في التجارة صار مأذوناً له إذا جاء غد، وكذا إذا قال لرجل: إذا جاء غد فأنت وكيلي، فجاء غد، فإنه يكون وكيلاً، ولو قال لوكيله: إذا جاء غد، فقد عزلتك، أو قال لعبده المأذون: إذا جاء غد، فقد حجرت عليك، أو قال للمطلقة الرجعية: إذا جاء غد، فقد راجعتك، فإنه لا يصح هذا كله، ولا يصير الوكيل معزولاً، ولا العبد محجوراً ولا المطلقة مراجعة ثم العبد لا يصير مأذوناً إلا بالعلم، حتى لو قال المولى: أذنت لعبدي في التجارة، وهو لا يعلم لا يصير مأذوناً للتجارة كالوكالة. ولو قال: بايعوا عبدي، فقد أذنت له في التجارة، فبايعوه والعبد لا يعلم بإذن المولى يصير مأذوناً في رواية كتاب المأذون.

ومن أصحابنا من قال: يكون مأذوناً من غير خلاف والحجر عليه لا يصح إلا إذا علم. فأما إذا لم يعلم لا يصير محجوراً، وإن حجر عليه في سوقه وهو لا يعلم، إن أخبره رجلان، أو رجل وامرأتان عدلين كانا، أو غير عدلين، أو رجل عدل وامرأة عدلة صار محجوراً بالإجماع، وإن كان المخبر واحداً غير عدل لا يصير محجوراً إلا إذا صدقه، وعندهما: ينحجر سواء صدقه، أو كذبه إذا ظهر صدق الخبر، وإن كان المخبر رسولاً صار محجوراً بالإجماع صدقه، أو كذبه.

قوله: (وَإِقْرَارُ الْمَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالْغُصُوبِ جَائِزٌ) وكذا بالودائع إذا أقر باستهلاكها؛ لأن الإقرار من توابع التجارة؛ إذ لو لم يصح لاجتنبت الناس مبايعته ومعاملته، وهذا إذا كانت الديون ديون التجارة. أما المهر والجناية، فإنه متعلق برقبته يستوفى منه بعد الحرية ولا يستوفى من رقبته، والمراد من المهر ما كان من التزويج بغير إذن المولى، ولو أقر بمهر امرأة وصدقته، فإنه لا يصح في حق المولى ولا يؤاخذ به إلا بعد الحرية، وإن أقر أنه افتض حرة، أو أمة بكراً بأصبعه، فعندهما: لا يلزمه في الحال إلا

بتصديق المولى، وهو إقرار بجناية.

وقال أبو يوسف: هو إقرار بالمال ويؤخذ به في الحال.

قال في المنظومة في مقالات أبي يوسف رحمه الله:

لو قال مأذون أزالت أصبعي بغسل يؤخذ للحال اسمع

ولم يصرح بما إذا يجب عليه.

قال في المستصفى: يحتمل أن يكون بالمهر كما إذا دفع أجنبية، فسقطت فذهبت بغسل يجب عليه مهر مثلها.

قوله: (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ وَلاَ أَنْ يُزَوِّجَ مَمَالِيكَهُ)؛ لأن التزويج ليس من التجارة والإذن إنما ينصرف إلى التجارة، وإذا لم يصح ولم يجزه المولى فسد، فإذا دخل بها فالمهر عليه بعد الحرية؛ لأنه لزمه بسبب غير ثابت في حق المولى. وأما تزويجه لمماليكه، فإن زوج عبده لم يجز إجماعاً؛ لأن فيه ضرراً بدلالة أنه يستحق رقبته بالمهر والنفقة، وإن زوج أمته، فكذلك لا يجوز أيضاً عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ لأنه يحصل المال بمنافعها فأشبه إجارتها.

ولهما: أن التزويج ليس من التجارة وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك شركة عنان.

قال في المنظومة في مقالات أبي يوسف رحمه الله:

ويملك المأذون تزويج الأمه وصاحب العنان والمضاربه

قيد بالمأذون؛ لأن المكاتب يملك ذلك إجماعاً.

وقيد بالأمة؛ لأنه لا يجوز لهم تزويج العبد إجماعاً.

وقيد بصاحب العنان؛ لأن المفاوض يملك ذلك إجماعاً.

قوله: (وَلاَ يُكَاتِبُ)؛ لأنه ليس من التجارة؛ لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والبدل في الكتابة مقابل بفك الحجر، فلم يكن تجارة إلا أن يجيز المولى ولا دين عليه؛ لأن المولى قد ملكه، ويصير العبد نائباً عنه، وترجع الحقوق إلى المولى؛ لأن الوكيل في الكتابة سفير عنه، فإذا كاتب ولا دين عليه، فأجازه المولى جاز، فمال الكتابة للمولى لا سبيل للعبد على قبضه؛ لأن حقوق عقد الكتابة لا تتعلق بالعاقد وقبض مال الكتابة من حقوق العبد، فإن دفع المكاتب إلى العبد لا يبرأ إلا أن يوكله المولى بقبضها، فحينئذ يجوز ويعتق المكاتب، فإن لحق المأذون دين بعد ما أجاز المولى، فالكتابة للمولى ليس للغرماء فيها شيء؛ لأن الكتابة لما صحت بالإجازة خرج العبد من كسب المأذون، وصار في يد المولى وما أخذه المولى من كسب العبد قبل الدين لا يتعلق به حق الغرماء،

وإن كان المأذون كاتب وعليه دين قليل أو كثير، فالكتابة فاسدة، وإن أجازها المولى؛ لأن المولى لا يملك التصرف في كسب العبد مع وجود الدين، فلا يملك إجازة الكتابة.

قوله: (**وَلاَ يَعْتِقُ عَلَى مَالٍ**)؛ لأنه لا يملك الكتابة، فالعتق أولى؛ لأن العتق تبرع ولا يقرض؛ لأنه تبرع كالهبة قال عليه السلام: «قرض مرتين صدقة مرة»[1].

قوله: (**وَلاَ يَهَبُ بِعِوَضٍ وَلاَ بِغَيْرِ عِوَضٍ**) ولا يتصدق؛ لأن ذلك تبرع، وليس له أن يتكفل بالنفس ولا بالمال إلا بإذن المولى، فإن أذن له المولى جاز إذا لم يكن عليه دين. أما إذا كان مديوناً، فلا يجوز. وأما المكاتب، فلا تجوز كفالته، ولو أذن له المولى، فإن كفل لا يؤاخذ بها في الحال ويؤاخذ بها بعد الحرية، وللمأذون أن يعير الدابة والثوب؛ لأنه من عادة التجار، وله أن يدفع المال مضاربة، وأن يأخذ المال مضاربة، ويجوز أن يشارك شركة عنان؛ لأنها تنعقد على الوكالة دون الكفالة. وهو يملك أن يوكل ويتوكل، ولا يجوز أن يشارك شركة مفاوضة؛ لأنها تنعقد على الكفالة، وهو لا يملكها، ويجوز أن يأذن لعبده في التجارة.

قوله: (**إِلاَّ أَنْ يُهْدِيَ الْيَسِيرَ مِنْ الطَّعَامِ أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يَصِلُهُ**)؛ لأنه من عادة التجار بخلاف المحجور؛ لأنه لا إذن له.

وعن أبي يوسف: أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه، فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام لا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر؛ لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى، قالوا: ولا بأس أن تتصدق المرأة من بيت زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه؛ لأن ذلك غير ممنوع منه في العادة، ولا يجوز بالدراهم والثياب والأثاث.

قوله: (**وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاع فِيهَا لِلْغُرَمَاءِ إِلاَّ أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى**) والمراد دين التجارة، أو ما في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع إذا جحدها، وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق، أو عقر دابة، أو خرق ثوباً. أما الدين الثابت بغير ذلك كالمهر والجناية، فهو متعلق بذمته يستوفى منه بعد الحرية

---

(1) لم أجـده بهذا اللفظ، ولكن وردت الأحاديث في فضل القرض مثا ما روى ابن ماجه في سننه في كتاب اللأحكام (باب: القرض) بلفظ: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: رأيت ليلة أسري بي علـى بـاب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر، فقلت: يا جبريل، ما بال القـرض أفضـل مـن الصدقة؟ قال؛ لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة».

ولا يتعلق برقبته.

وقوله: «يباع فيها»: يعني يبيعه الحاكم وليس للمولى أن يبيعه؛ لأن الملك للمولى وللغرماء فيه حق وفي بيعه إسقاط حقهم؛ لأنهم قد يختارون ترك البيع ليستوفوا من كسبه، فلم يكن له بيعه بغير إذنهم، فإذا باع بغير إذنهم وقف على إجازتهم كما في الرهن، وإن أجاز بعضهم، وأبى بعضهم لم يجز إلا أن يتفقوا على ذلك.

وقوله: «إلا أن يفديه المولى»: يعني يفديه بجميع الدين؛ لأنه إذ أفداه لم يبق في رقبته للغرماء شيء يباع لأجله.

قوله: (وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ) سواء ثبت الدين بإقرار العبد، أو البينة، فإن بقي لهم دين لا يطالب به المولى، ولكن يتبعون به العبد بعد العتق، وهذا إذا باعه القاضي أما إذا باعه المولى بغير إذنهم، فلهم حق الفسخ إلا إذا كان في الثمن وفاء بديونهم، أو قضى المولى دينهم، أو أبرؤوا العبد من الدين، فإنه يبطل حق الفسخ، وليس هذا كالوصي إذا باع التركة في الدين ليس للغرماء حق الفسخ.

والفرق أن هنا للغرماء استسعاء العبد، فلهم أن يفسخوا البيع ويستسعوه في دينهم، وهناك ليس لهم استسعاء التركة؛ لأن فيه تأخير قضاء دين الميت.

مسألة: إذا كان لرجل على عبد دين، فوهبه المولى من صاحب الدين، فقبله سقط الدين الذي عليه؛ لأن الإنسان لا يثبت له على عبده دين، فإن رجع المولى في هبته لم يعد الدين عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه لما ملكه سقطت المطالبة عنه، فصار كما لو أبرأه، فهو كالنكاح. ومعلوم أن رجلاً لو وهب أمة لزوجها انفسخ النكاح، ولو رجع في الهبة لم يعد النكاح لهذا المعنى.

وقال أبو يوسف: يعود الدين على العبد، وعن محمد رواية أخرى أن المولى ليس له أن يرجع في العبد؛ لأن كون أن الدين على العبد نقص فيه، فزواله عنه زيادة حصلت والعين الموهوبة متى حصلت فيها زيادة في ملك الموهوب له منعت الرجوع.

قوله: (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به.

قوله: (فَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ لَمْ يَصِرْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ الْحَجْرُ بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ)؛ لأنهم صاروا معتقدين جواز التصرف معه والمداينة له، فلا يرتفع ذلك إلا بالعلم ويشترط علم أكثر أهل سوقه، حتى لو حجر عليه في السوق، وليس فيه إلا رجل، أو رجلان لا ينحجر؛ لأن المقصود خروجه من الإذن بالشهرة وبالواحد والاثنين لا يشتهر.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدّاً صَارَ الْمَأْذُونُ مَحْجُوراً)؛ لأن بالموت يسقط الإذن، وكذا بالجنون إذا كان مطبقاً. أما إذا كان غير مطبق فالإذن على حاله. وأما اللحاق إن حكم به فهو كالموت، وإن لم يحكم به حتى رجع مسلماً، فتصرفه جائز، وإن جن العبد جنوناً مطبقاً صار محجوراً، فإن أفاق بعد ذلك لا يعود إذنه، وإن جن جنوناً غير مطبق لا ينحجر، وإن ارتد المأذون ولحق بدار الحرب صار محجوراً عند الارتداد في قول أبي حنيفة وعندهما باللحاق.

قوله: (فَإِنْ أَبَقَ الْعَبْدُ صَارَ مَحْجُوراً) فإن عاد من الإباق لم يعد الإذن على الصحيح كذا في الذخيرة.

قوله: (فَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنْ الْمَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) معناه: أن يقر بما في يده أنه وديعة عندي لفلان، أو غصبته منه، أو يقر بدين عليه فيقول علي ألف درهم، فعند أبي حنيفة يصح إقراره بالدين الوديعة، فيقضي مما في يده.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح إقراره في شرحه إذا كان عليه دين يحيط بما في يده لم يجز إقراره إجماعاً؛ لأن حق الغرماء قد تعلق بالمال الذي في يده عند الحجر.

قوله: (وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ) لم يملك المولى ما في يده، وإن أعتق عبيده لم يعتقوا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يملك ما في يده ويعتق من أعتقه وعليه قيمته، وإن لم يكن الدين محيط بماله جاز عتقه إجماعاً.

قوله: (وَإِذَا بَاعَ مِنْ الْمَوْلَى شَيْئاً بِمِثْلِ قِيمَتِهِ أَوْ أَكْثَرَ جَازَ) هذا إذا كان على العبد دين؛ لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، وإن لم يكن عليه، فلا بيع بينهما؛ لأن العبد وما في يده للمولى.

قوله: (وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ)؛ لأنه متهم في حقه، وهذا عند أبي حنيفة وعندهما إذا باعه بنقصان يجوز ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة، وإن شاء فسخ، وهذا خلاف ما إذا حابى الأجنبي إذا كان عليه دين عند أبي حنيفة؛ لأنه لا تهمة وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده؛ لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير.

قوله: (وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى شَيْئاً بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ جَازَ)؛ لأنه لا يلحقه بذلك تهمة.

قوله: (فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ الثَّمَنُ)؛ لأنه إذا سلم المبيع قبل قبض

الثمن حصل الثمن ديناً للمولى على عبده والمولى لا يثبت له على عبده دين، وإذا بطل الثمن صار، كأنه باع عليه بغير ثمن، فلا يجوز البيع ومراده ببطلان الثمن بطلان تسلمه والمطالبة به للمولى استرجاع المبيع، وإن باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة، أو نقض البيع.

قوله: (وَإِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَازَ)؛ لأن البائع له حق في المبيع.

قوله: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْعَبْدَ الْمَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فَعِتْقُهُ جَائِزٌ)؛ لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء؛ لأنه أتلف ما تعلق به حقهم وهي رقبته، فكان عليه ضمانها؛ ولأنه لم يتلف أكثر من القيمة، فلا يلزمه غير ذلك، وإن كانت قيمته أكثر من الدين ضمن قدر الدين لا غير وبهذا تبين أن قوله والمولى ضامن لقيمته محمول على ما إذا كانت القيمة مثل الدين، أو أقل وقوله ضامن لقيمته سواء في ذلك علم بالدين أو لم يعلم؛ لأنه ضمان استهلاك، فاستوى فيه العلم والجهل.

قوله: (وَمَا بَقِيَ مِنْ الدَّيْنِ يُطَالَبُ بِهِ الْمُعْتَقُ بَعْدَ الْعِتْقِ)؛ لأن الدين متعلق بذمته ورقبته، وقد ضمن المولى ما أتلف عليهم من رقبته وبقي فاضل دينهم في ذمته، وهذا بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما، وقد لزمتهما ديون، فإنه لا يضمن المولى شيئاً؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع، فلم يكن متلفاً حقهم فلم يضمن شيئاً.

قوله: (وَإِذَا وَلَدَتْ الأَمَةُ الْمَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلاَهَا فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا) خلافاً لزفر، فهو يعتبر البقاء بالابتداء، ونحن نقول الظاهر أنه يخصها بعد الولادة، فيكون دلالة على الحجر بخلاف الابتداء؛ لأن الصريح قاض على الدلالة ويضمن قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء؛ إذ به يمتنع البيع وإن ولدت من غير مولاها لا تنحجر، ثم ينظر إن انفصل الولد منها، وليس عليها دين فالولد للمولى حتى لو لحقها دين بعد ذلك، فلا حق للغرماء فيه، وإن ولدت بعد ثبوت الدين، فإنه يباع في دين الغرماء الذين ثبت حقهم قبل الولادة دون الذين ثبت حقهم بعد الولادة، وهذا بخلاف ولد الجانية، فإنه لا يتبع أمه، وإن انفصل بعد الجناية ويكون للمولى ويخاطب المولى في الأمة بين الدفع أو الفداء.

والفرق أن في الأولى الدين ثابت في رقبتها فيسري إلى ولدها. وأما الجانية لم يثبت في رقبتها، وإنما يطالب المولى بالدفع أو الفداء والولد المولود قبل الدين لا يدخل في

الدين بخلاف الكسب والهبة والصدقة إذا كان قبل لحوق الدين إذا لم يأخذه المولى حتى لحق الدين، فإن ذلك يكون للغرماء، والفرق أن الكسب في يدها بدلالة أنه يجوز تصرفها فيه قبل أن يأخذه المولى. وأما الولد فليس هو في يدها؛ لأنه لا يجوز تصرفها فيه، فصار كالكسب المأخوذ منها.

قوله: (وَإِذَا أَذِنَ وَلِي الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ، فَهُوَ فِي الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ) حتى ينفذ تصرفه، ذكر الولي ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي. ومن شرطه أن يكون يعقل كون البيع سالبا للملك جالياً للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام ثبت في الصبي، فيصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد، ويصح إقراره بما في يده من كسبه ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد.

مسائل: قال الخجندي: إذا قال لعبده إذا أديت إلي ألف درهم، فأنت حر كان بهذا القول مأذوناً له في التجارة؛ لأنه لا يملك أداء الألف، إلا بالاكتساب، فصار مأذوناً دلالة ويعتق بالأداء ولا يعتق بالقبول، وكذا إذا قال: متى أديت إلي، أو متى ما أديت إلي، أو حين أديت إلي، أو إذا ما أديت إلي، فهذا لا يقتصر على المجلس، وكذا إذا قال: أد إلي ألفاً، وأنت حر، فإنه لا يعتق حتى يؤدي؛ لأنه عتق معلق بشرط. وإن قال: أد إلي ألفاً، فأنت حر.

قال في الكرخي: يعتق في الحال.

وقيل: لا يعتق إلا بالأداء، وإن قال: أد إلي ألفا أنت حر عتق في الحال أدى، أو لم يؤد.

وإن قال: أنت حر وعليك ألف يعتق ولا يلزمه شيء عند أبي حنيفة، وعندهما: ما لم يقبل لا يعتق، فإذا عتق ولزمه المال. وأما إذا قال: إن أديت إلي ألفاً، فأنت حر، فهذا يقتصر على المجلس، فإن أدى في المجلس يعتق، وإن لم يقبل المولى الألف يجبر على القبول، ومتى خلى بينه وبين المال عتق سواء أخذ المال، أو لم يأخذه، والله أعلم.

كتاب المزارعة

المزارعة[1] في اللغة: مفاعلة من الزرع.

وفي الشرع: عبارة عن العقد على الزرع ببعض الخارج، ويسمى أيضاً مخابرة؛ لأن المزارع خبير.

وقيل: مشتقة من عقد النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر.

قوله رحمه الله تعالى: (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ الْمُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ) إنما ذكر الثلث والربع تبركاً بلفظ النبي صلى الله عليه وسلم حين نَهى عن المخابرة، فقال له زيد بن ثابت: «وما المخابرة يا رسول الله، قال: أن تأخذ أرضاً بثلث أو ربع»[2] وإلا فالزيادة والنقصان في ذلك سواء.

وقيل: إنما قيد بالثلث والربع باعتبار عادة الناس في ذلك، فإنهم يتزارعون هكذا.

وقوله: «باطلة»: أي فاسدة. وإذا كانت فاسدة عند أبي حنيفة، فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله؛ لأنه في معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض. فإن كان من قبله. فعليه أجر مثل الأرض. والخارج لصاحب الأرض؛ لأنه نماء ملكه.

---

(1) وهو نوع شركة زراعية على استثمار الأرض، يتعاقد فيها الطرفان على أن تكون الأرض من أحدهما والعمل من الآخر، والمحصول الزراعي مشترك بينهما بنسبة يتفق عليها. والعامل في الأرض بالمزارعة يسمى: مزارِعاً. والطرف الآخر: رب الأرض.
انظر: المدخل الفقهي العام (617/1).

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (2/204-205): حديث النهى عن المخابرة: أخرجه مسلم من حديث جابر بهذا اللفظ، وزاد والمحاقلة، والمزابنة وتفسيرها. وأخرجه أيضاً عن ابن عمر كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً، حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنه فتركناه. وللشيخين من وجه آخر عن نافع عن ابن عمر: أنه كان يكرى مزارعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وصدراً من إمارة معاوية، ثم حدث عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع. فذهب ابن عمر إلى رافع، فذهبت معه، فسأله فقال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع.
وروى الأربعة إلا الترمذي من حديث عروة بن الزبير قال: قال زيد بن ثابت: يغفر الله لرافع بن خديج، أنا والله أعلم بالحديث منه، إنما أتى رجلان قد اقتتلا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع»، فسمع رافع قوله: لا تكروا المزارع.
وفي الباب: عن ثابت بن الضحاك: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: لابأس بها، أخرجه مسلم.

والدليل على أنها فاسدة: أنه استئجار ببعض الخارج، فيكون في معنى قفيز الطحان؛ ولأن الأجر معدوم، أو مجهول كما إذا استأجره أن يرعى غنمه ببعض الخارج منه.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ جَائِزَةٌ) وعليه الفتوى لحاجة الناس إليها؛ لأن صاحب الأرض قد لا يجد أجرة يستعمل بها، وما دعت الضرورة إليه، فهو جائز.

ومن حجة أبي حنيفة: أن النبي عليه الصلاة والسلام: «نهى عن المحاقلة والمزابنة»[1].

فالمحاقلة: مفاعلة من الحقل، وهو الزرع، فيحتمل أنه بيع الزرع بالزرع، ويحتمل أنه المزارعة.

وأما المزابنة: فهو بيع الرطب على رؤوس النخل نخرصه تمراً.

قوله: (وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ إِذَا كَانَتْ الأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لِوَاحِدٍ جَازَتْ)؛ لأنه استئجار للعامل ببعض الخارج. وهو أصل المزارعة. ولا يقال: هلا بطلت لدخول البقر معه في العمل؟

فنقول: البقر غير مستأجرة، وإنما هي تابعة لعمل العامل؛ لأنها آلة العمل كما إذا استأجر خياطاً ليخيط له بإبرة الخياط، فإن ذلك جائز؛ ولأن من استأجر خياطاً كانت الإبرة تابعة لعمله، وليس في مقابلتها أجرة كذلك هذا.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ جَازَتْ أَيْضًا) وهذا الوجه الثاني. ووجهه: أن العامل مستأجر للأرض ببعض معلوم من الخارج، فيجوز كما إذا استأجر بدراهم معلومة.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ الأَرْضُ وَالْبَذْرُ وَالْبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالْعَمَلُ مِنْ آخَرَ جَازَتْ أَيْضًا) وهذا الوجه الثالث. ووجهه: أنه إذا استأجره للعمل بآلة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ الأَرْضُ وَالْبَقَرُ لِوَاحِدٍ وَالْبَذْرُ وَالْعَمَلُ لِوَاحِدٍ فَهِيَ بَاطِلَةٌ) وهذا الوجه الرابع. وهو باطل في ظاهر الرواية؛ لأن البقر ههنا مستأجرة ببعض الخارج؛ لأنها لا تصير تابعة للعمل؛ لأنها لم تشرط على العامل، واستئجار البقر ببعض الخارج لا يجوز.

قوله: (وَلاَ تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ إِلاَّ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ)؛ لأن جهالتها تؤدي إلى الاختلاف، فربما يدعي أحدهما مدة تزيد على مدة الآخر.

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع (باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة)، والترمذي في سننه في كتاب البيوع عن رسول الله (باب: ما جاء في النهي عن الثنيا).

قال في الينابيع: هذا عند علمائنا بالكوفة، فإن مدة الزرع عندهم متفاوتة، فابتداؤها وانتهاؤها مجهول. أما في بلادنا فوقت الزراعة معلوم، فيجوز.

قال أبو الليث: وبه نأخذ.

قوله: (وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا) تحقيقاً للمشاركة.

قوله: (فَإِنْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مُسَمَّاةً فَهِيَ بَاطِلَةٌ)؛ لأن به تنقطع الشركة لجواز أن لا تخرج الأرض إلا ذلك القدر، فيستحقه أحدهما دون الآخر، وكذا إذا شرط صاحب البذر أن يرفع بقدر بذره، ويكون الباقي بينهما فهو فاسد؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين، أو في جميعه بأن لا تخرج إلا قدر البذر.

قوله (وَكَذَلِكَ إِذَا شَرَطَا مَا عَلَى الْمَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَّاقِي) يعني شرطاه لأحدهما، فهو فاسد.

والماذيانات: اسم عجمي، وهي التي تكون أصغر من النهر وأعظم من الجدول. وهو المشرب الصغير الذي يسقي بعض الأرض.

والسواقي: جمع ساقية وكأنها التي يسقى بها كل الأرض، وهي فوق الجدول.

وقيل: الماذيانات العيون، وهي لغة فارسية.

وكذا إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين، أو ما يخرج من ناحية معينة لا يجوز؛ لأنه يفضي إلى قطع الشركة لجواز أنه لا يخرج إلا من ذلك الموضع، وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب فهو فاسد؛ لأنه قد تصيبه آفة، فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن، وكذا إذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، وإن شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت المزارعة لاشتراطهما الشركة، فما هو المقصود، ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه نماء بذره.

وقال مشايخ بلخي: التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان؛ ولأنه تبع للحب، والتبع يقوم بشرط الأصل.

ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت؛ لأنه حكم العقد. وقد قالوا: إن الشرط إنما يعتبر في حق من ليس من قبله البذر. أما صاحب البذر فيستحق الخارج ببذره. فعلى هذا إذا دفع أرضاً وبذراً على أن يعمل فيها العامل وله ثلث ما يخرج، أو نصفه ولم يسم غير ذلك جاز؛ لأن الذي يحتاج إلى الشرط، هو الذي لا بذر منه، وقد وجد الشرط. وأما إذا سمى لصاحب البذر ولم يسم للعامل شيئاً فالقياس أن لا يجوز؛ لأنه لما شرط لنفسه نصف الخارج صار مستحقاً له بالشرط والباقي إذا لم يشرطه

للمزارع يستحقه ببذره، فلهذا لم يصح وفي الاستحسان يجوز؛ لأنه إذا قال: على أن لي النصف، أو الثلث، فقل: بذل الباقي للعامل؛ لأن من شأن الخارج أن يكون بينهما نصفين.

قوله: (وَإِنْ لَمْ تُخرِجْ الأَرْضُ شَيْئًا فَلاَ شَيْءَ لِلْعَامِلِ) هذا في المزارعة الصحيحة إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض أو العامل؛ لأن العقد الصحيح يجب فيه المسمى، ولم يوجد المسمى فلم يستحق شيئاً. وأما إذا كانت فاسدة ولم تخرج الأرض شيئاً وجب أجر المثل على الذي من قبله البذر. فإن كان البذر من قبل العامل فهو مستأجر للأرض، وإن كان من قبل صاحب الأرض، فهو مستأجر للعامل. فإذا فسدت يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى في المنفعة عن عقد فاسد.

قوله: (وَإِذَا فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ) أنه نماء ملكه. فإن كان البذر من قبل صاحب الأرض، فللعامل أجر مثله لا يزاد على ما شرط له من الخارج؛ لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عندهما.

وقال محمد: له أجر مثله بالغا ما بلغ.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ فَلِصَاحِبِ الأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ)؛ لأنه استوفى منافعها بعقد فاسد. وهل يزاد على ما شرط له من الخارج؟ على الخلاف الذي ذكرناه.

ولو جمع بين الأرض والبقر، حتى فسدت المزارعة، فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح.

قوله: (وَإِذَا عَقَدَ الْمُزَارَعَةَ فَامْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ مِنْ الْعَمَلِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ)؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ماله، وهو البذر وفيه ضرر عليه، فصار كما إذا استأجر أجيراً لهدم داره، ثم بدا لصاحب الدار لم يجبر على ذلك.

قوله: (وَإِنْ امْتَنَعَ الَّذِي لَيْسَ مِنْ قِبَلِهِ الْبَذْرُ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْعَمَلِ)؛ لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، إلا إذا كان عذراً تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتْ الْمُزَارَعَةُ اعْتِبَارًا بِالإِجَارَةِ) يعني مات قبل الزراعة. أما إذا كان بعدها، فإن مات صاحب الأرض تركت في يد العامل، حتى يستحصد، ويقسم على الشرط وإذا كان الميت هو العامل، فقال ورثته نحن نعمل في الزرع إلى أن يستحصد، وأبى صاحب الأرض لم يكن له ذلك؛ لأنه لا ضرر عليه، وإنما الضرر عليهم في قلع الزرع، فوجب تبقيته ولا أجر لهم فيما عملوا، وإن أرادوا قلع الزرع

لم يجبروا على العمل. وقيل لصاحب الأرض: أقلعه، فيكون بينكم، أو أعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك، أو أنفق على حصتهم، وتعود بنفقتك في حصتهم.

قوله: (وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْمُزَارَعَة وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرَكْ كَانَ عَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ مِنْ الأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا عَلَى مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا)؛ لأن في تبقية العقد إيفاء الحقين، وفي فسخه إلحاق ضرر بأحدهما، فكأن تبقيته إلى الحصاد أولى، ويكون العمل عليهما جميعاً؛ لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة، وهذا عمل في المال المشترك، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل؛ لأن هناك بقيناً العمل في مدته، والعقد يستدعي العمل على العامل. أما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد، فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه.

وقوله: «والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما»: وذلك مثل أجر سقي الماء وغيره، وهذا إنما يكون بعد انقضاء المدة. أما إذا لم تنقض، فهو على العامل خاصة.

قوله: (وَأُجْرَةُ الْحَصَادِ وَالرِّفَاعِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذْرِيَةِ عَلَيْهِمَا بِالْحِصَصِ) وكذا إذا أراد أن يأخذاه قصيلاً ويبيعاه فالحصاد عليهما على قدر حقيهما.

قوله: (فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي الْمُزَارَعَةِ عَلَى الْعَامِلِ فَسَدَتْ) يعني الحصاد والدياس؛ لأنهما لم يلزما المزارع، وإنما عليه أن يقوم على الزرع إلى أن يدرك.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز شرط ذلك على العامل للتعامل، وهو اختيار مشايخ بلخي.

قال السرخسي: وهو الأصح في ديارنا.

والحاصل: أن ما كان من عمل قبل الإدراك مثل السقي والحفظ، فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباهه، وما كان بعد القسمة، فهو عليهما نحو الحمل والحفظ والمساقاة على هذا القياس، فما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فعلى العامل، وما كان بعده كالجداد والحفظ فهو عليهما فإن شرطا الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا عرف فيه، وإن شرطا الحصاد في الزرع على صاحب الأرض، لا يجوز بالإجماع لعدم العرف، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب المساقاة

المساقاة[1]: دفع النخل والكرم والأشجار المثمرة معاملة بالنصف، أو بالثلث، أو بالربع قل أو كثر.

وأهل المدينة يسمونها المعاملة.

قوله رحمه الله تعالى: (قَالَ أَبو حَنِيفَةَ الْمُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِنْ الثَّمَرَةِ مُشَاعاً بَاطِلَةٌ)؛ لأنه استئجار بجزء من المعمول فيه كقفيز الطحان.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ جَائِزَةٌ إِذَا ذَكَرَا مُدَّةً مَعْلُومَةً وَسَمَّيَا جُزْءاً مِنْ الثَّمَرَةِ مُشَاعاً)؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك فسومح في جوازها للضرورة، فإن لم يذكر المدة جاز، وتقع على أول ثمرة تخرج في أول سنة.

قوله: (وَتَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالْكَرْمِ وَالرِّطَابِ وَأُصُولِ الْبَاذِنْجَانِ) الرطاب جمع رطبة كالقصعة والقصاع والجفنة والجفان والبقول غير الرطاب، فالبقول مثل الكراث والبقل والسلق ونحو ذلك، والرطاب كالقثاء والبطيخ والرمان والعنب والسفرجل والباذنجان وأشباه ذلك.

قوله: (فَإِنْ دَفَعَ نَخْلاً فِيهِ ثَمَرَةٌ مُسَاقَاةً وَالثَّمَرَةُ تَزِيدُ بِالْعَمَلِ جَازَ، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ انْتَهَتْ لَمْ يَجُزْ)؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك.

قوله: (وَإِذَا فَسَدَتْ الْمُسَاقَاةُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ)؛ لأنه في معنى الإجارة الفاسدة، وصار كالمزارعة إذا فسدت.

ثم عند أبي يوسف له أجر مثله لا يزاد على ما شرط له.

وعند محمد: له أجر مثله بالغا ما بلغ.

قوله: (وَتَبْطُلُ الْمُسَاقَاةُ بِالْمَوْتِ) أما موت صاحب النخل؛ فلأن النخل انتقل إلى غيره.

وأما موت العامل فلتعذر العمل من جهته، فإن مات صاحب النخل والثمرة بسر أخضر، فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك، ولو كره ذلك ورثته؛ لأن في ذلك دفع الضرر عن العامل من غير إضرار بالورثة، فإن رضي العامل

---

(1) وهي نوع شركة زراعية على استثمار الشجر، يكون فيها الشجر من طرف، والعمل في الشجر بتربيته وخدمته وسقيه من الطرف الآخر، والثمرة الحاصلة مشتركة بنسبة متفق عليها.

فالعامل هو: المساقي. والطرف الآخر: رب الشجر.

انظر: المدخل الفقهي العام (617/1).

بالضرر بأن قال: أنا آخذ نصيبي بسراً أخضر، فالورثة بالخيار بين ثلاثة أشياء إن شاءوا صرموه وقسموه، وإن شاءوا أعطوه قيمة نصيبه، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعون بما أنفقوا في حصة العامل، وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه، وإن كره صاحب النخل؛ لأن فيه النظر من الجانبين، وإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب النخل بين الخيارات الثلاثة التي ذكرناها وإن ماتا جميعاً، فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه، فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار لورثة صاحب النخل على ما بينا، وإذا انقضت مدة المعاملة، وهو بسر أخضر فللعامل أن يقوم عليه حتى يدرك، لكن بغير أجر؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا؛ لأن الأرض يجوز استئجارها، وكذلك العمل على العامل ها هنا وفي المزارعة عليهما.

قوله: (وَتُفْسَخُ بِالأَعْذَارِ كَمَا تُفْسَخُ الإِجَارَةُ) ومن الأعذار فيها أن يكون العامل سارقاً يخاف منه سرقة السعف والثمر؛ لأن فيه ضرراً على صاحب النخل، ومن ذلك أيضاً مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل، فإن أراد العامل ترك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان:

إحداهما: لا.

والثانية: نعم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب النكاح

النكاح[1] في اللغة: حقيقة في الوطء، هو الصحيح، وهو مجاز في العقد؛ لأن العقد يتوصل به إلى الوطء، فسمي نكاحاً كما سمي الكأس خمراً.

---

(1) ليس لنا عبادة شُرِعت مِنْ عَهْد آدم إلى الآن ثمّ تستمرّ في الجنَّة إلاّ النِّكاح والإيمان.
انظر: ابن عابدين (239/3).

صفة الزواج: المراد بالصفة ما يعتري عقد الزواج من الأحكام الشرعية كالوجوب والحرمة وغيرهما من الأحكام. والزواج ليس له حكم واحد ينطبق عليه بالنسبة لكل الأفراد وفي جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف الناس وما يكون عليه حالهم من حيث الميل إلى المتعة الجنسية وعدمه، ومن حيث قدرتهم على مطالب الزواج المالية واستعدادهم للقيام بالحقوق الزوجية وعدم استعدادهم لذلك، فتارة يكون فرضاً أو واجباً وتارة يكون حراماً أو مكروهاً وتارة يكون مندوباً أو مباحاً على حسب الخلاف في ذلك.

1- فيكون فرضاً إذا كان الشخص في حالة يتيقن فيها ارتكاب جريمة الزنا إن لم يتزوج وكان قادراً على المهر والنفقة وحقوق الزواج الشرعية ولا يستطيع الاحتراز عن الوقوع في الزنا بالصوم ونحوه. وإنما كان الزواج فرضاً في هذه الحالة؛ لأن الشخص يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام. ولا يتوصل إلى ذلك إلا بالزواج، والقاعدة الشرعية أن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً، فإذا لم يتزوج كان آثماً ومرتكباً لمحرم.

2- ويكون الزواج واجباً إذا كان المرء في حالة يخاف فيها الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، وكان قادراً على المهر والنفقة، ولا يخاف من نفسه ظلم المرأة ولا التقصير في حقها، فإذا لم يتزوج كان آثماً ومستحقاً للعقاب ولكنه أقل من العقاب المترتب على ترك الزواج في الحالة الأولى.

3- ويكون الزواج حراماً إذا كان الشخص في حالة يتيقن فيها عدم القيام بأمور الزوجية والإضرار بالمرأة إذا هو تزوج بأن كان غير قادر على تكاليف الزواج الشرعية أو يقع في الجور والظلم إن تزوج كأن تكون له زوجة ولو تزوج بغيرها لا يستطيع أن يحقق العدل بينهما. وإنما كان الزواج حراماً في هذه الحالة؛ لأنه يكون طريقاً لارتكاب المحرم. وكل ما يكون وسيلة للحرام يكون حراماً؛ لأن القاعدة المقررة: أن ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام.

4- ويكون الزواج مكروهاً إذا خاف الشخص الوقوع في الجور والضرر إن تزوج لعجزه عن الإنفاق أو إساءة العشرة أو فتور رغبته في النساء وضعفه عن قربهن فإذا خاف الوقوع في شيء من ذلك كان الزواج مكروهاً في هذه الحالة، إما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه على حسب ما يشعر به في نفسه.

5- ويكون الزواج سنة أو مندوباً في حالة الاعتدال، وهي أن يكون الشخص معتدل الطبيعة بحيث لا يخشى الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، ولا يخشى أن يظلم زوجته إن تزوج، وحالة الاعتدال هي الحالة الغالبة على أكثر اللناس، وإنما كان الزواج سنة في هذه الحالة.
أنظر: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية (ص 58-62).

والدليل على أن الحقيقة فيه الوطء، قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[1]، والمراد به الوطء؛ لأن الأمة إذا وطئها الأب حرمت على الابن وكذلك قوله: تعالى ﴿ ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً ﴾[2]، والمراد به الوطء وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله ناكح البهيمة»[3].

قوله: (النِّكَاحُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالْقَبُولِ)؛ لأنه عقد، فافتقر إلى الإيجاب والقبول كعقد البيع؛ لأن البضع على ملك المرأة، والمال يثبت في مقابلته، فلم يكن بد من إيجاب من المرأة، أو ممن يلي عليها، وقبول من الزوج.

قوله: (بِلَفْظَيْنِ) وقد ينعقد بلفظ واحد، مثل ابن العم يزوج ابنة عمه من نفسه، فإنه يكفيه أن يقول: بحضرة شاهدين: إني تزوجت بهذه، وكذا إذا كان ولي صغيرين أو وكيلاً من الجانبين، كفاه أن يقول: زوجت هذه من هذا، ولا يحتاج إلى قبول عندنا خلافاً لزفر، وكذا إذا زوج أمته من عبده يعني الصغيرين.

قوله: (يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ الْمَاضِي) أي يبين بهما، والتعبير هو البيان، قال الله تعالى: ﴿ إِن كُنتُمْ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ ﴾[4] أي تبينون.

قوله: (أَوْ يُعَبَّرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْمَاضِي وَالآخَرِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ

---

(1) سورة النساء: 22.

(2) سورة النور: 3.

(3) أخرجه ابن كثير في تفسيره (354/1) في تفسير البقرة (الآية: 222) بلفظ: «سبعة لا ينظر الله عز وجل إليهم يوم القيامة، ولا يزكيهم، ويقول ادخلوا النار مع الداخلين: الفاعل، والمفعول به، والناكح يده، وناكح البهيمة، وناكح المرأة في دبرها، وجامع بين المرأة وابنتها، والزاني بحليلة جاره، ومؤذي جاره حتى يلعنه».

وأخرجه علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال (16/ 136): «ألا لعنة الله والملائكة والناس أجمعين على من انتقص شيئاً من حقي، وعلى من أبى عترتي، وعلى من استخف بولايتي، وعلى من ذبح لغير القبلة، وعلى من انتفى من ولده، وعلى من برئ من مواليه، وعلى من سرق من منار الأرض وحدودها، وعلى من أحدث في الإسلام حدثاً، أو آوى محدثاً، وعلى ناكح البهيمة، وعلى ناكح يده، وعلى من أتى الذكران من العالمين، وعلى من تحصر ولا حصور بعد يحيى بن زكريا، وعلى رجل تأنث، وعلى امرأة تذكرت، وعلى من أتى امرأة وابنتها، وعلى من جمع الأختين إلا قد سلف، وعلى مغور الماء المنتاب، وعلى المتغوط في ظل النزال، وعلى من آذانا في سبلنا، وعلى الجارين أذبالاً، وعلى الماشين اختيالاً، وعلى الناطقين أشفاراً بالخنى، وعلى الشابين فضالاً، وعلى المعقوس نعالاً».

(4) سورة يوسف: 43.

زَوِّجْنِي فَيَقُولُ قَدْ زَوَّجْتُكَ) وهذا استحسان، والقياس: أن لا يجوز؛ لأن المستقبل استفهام، وعدة، فلا ينعقد به.

وجه الاستحسان: أن النكاح لا يقع فيه المساومة، فكان القصد بلفظه الإيجاب، فصار بمنزلة الماضي.

وقوله: «والآخر عن المستقبل»: يريد بالمستقبل لفظ الأمر، مثل زوجني.

قوله: (وَلاَ يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ بَالِغَيْنِ عَاقِلَيْنِ) ويشترط حضورهما عند العقد، لا عند الإجازة.

وقيد بـ«الحر»؛ لأن العبد لا شهادة له؛ لأنه لا يجوز أن يقبل النكاح لنفسه بنفسه.

وقيد بـ«البلوغ والعقل»؛ لأنه لا ولاية بدونهما، ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين؛ لأنه لا شهادة للكافر على المسلم؛ لأن الكافر لا يلي النكاح على ابنته المسلمة، فلا يكون شاهداً في مثله.

قوله: (أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء في النكاح، والطلاق، والعتاق، والوكالة.

قوله: (عُدُولاً كَانُوا أَوْ غَيْرَ عُدُولٍ أَوْ مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ) ولا يثبت عند الحاكم إلا بالعدول، حتى لو تجاحدا وترافعا إلى الحاكم، أو اختلفا في المهر، فإنه لا يقبل إلا العدول؛ ولأن النكاح له حكمان:

1- حكم الانعقاد.

2- وحكم الإظهار.

فحكم الانعقاد: أن كل من ملك القبول لنفسه انعقد النكاح بحضوره، ومن لا فلا. فعلى هذا ينعقد بشهادة الأعمى وَالأخرس والمحدود في القذف وبشهادة ابنيه أو ابنيها، ولا ينعقد بشهادة العبد والمكاتب. وإن كان للمكاتب أن يزوج أمته؛ لأن ولايته ليست بولاية نفسه، وإنما هي مستفادة من جهة المولى.

وأما حكم الإظهار: وهو عند التجاحد، فلا يقبل فيه إلا العدول كما في سائر الأحكام.

ومن شرط الشهادة في انعقاد النكاح أن يسمع الشهود كلامهما جميعاً في حالة واحدة، حتى لو كان أحد الشاهدين أصم، فسمع الآخر، ثم خرج وأسمع صاحبه لم يجز. وكذا إذا سمع الشاهدان كلام أحد المتعاقدين ولم يسمعا كلام الآخر لم يصح النكاح.

وهل يشترط فهم الشاهدين العقد؟

قال في الفتاوى: المعتبر السماع دون الفهم، حتى لو تزوج بشهادة أعجميين جاز.

وقال في الظهيرية: يشترط الفهم أيضاً، وهو الصحيح.

قوله: (فَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) يعني في حق الانعقاد، لا في حق الإظهار.

قوله: (وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لاَ يَجُوزُ) فإن وقع التجاحد في النكاح، أو في قدر المهر، أو جنسه ،فشهد ذميان، وهي ذمية إن كانت هي المدعية لم تقبل شهادتهما بالإجماع؛ لأن شهادة الذمي على المسلم لا تقبل. وإن كان الزوج هو المدعي وهي تنكره قبلت شهادتهما على كل حال في قولهما.

وقال محمد: إذا قالا كان عند العقد معنا، مسلمان غيرنا، تقبل في صحة النكاح دون المهر، وإن لم يقولا ذلك لم تقبل هذا إذا كانا وقت الأداء كافرين. أما إذا كانا وقت التحمل كافرين ووقت الأداء مسلمين، فعندهما: شهادتهما مقبولة على كل حال، وعند محمد: إن قالا كان عندنا مسلمان غيرنا تقبل، وإلا فلا.

ثم إذا تزوج ذمية، فله منعها عن الخروج إلى البيع والكنائس، ولا يجبرها على الغسل من الحيض والنفاس.

قال في الهداية: ومن أمر رجلاً أن يزوج ابنته الصغيرة، فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح؛ لأن الأب يجعل مباشراً لاتحاد المجلس، ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً، فيبقى المزوج شاهداً، وإن كان الأب غائباً لم يجز؛ لأن المجلس مختلف، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً، وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد، إن كانت حاضرة جاز، وإن كانت غائبة لا يجوز؛ لأنها إذا كانت حاضرة تجعل كأنها هي التي باشرت العقد، وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين.

{مطلب في بيان المحرمات}

قوله: (وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ وَلاَ بِجَدَّاتِهِ) صوابه أن يقول: أمه بغير باء؛ لأن الفعل يتعدى بنفسه، قال الله تعالى: ﴿ زَوَّجْنَـٰكَهَا ﴾ [1]، ولم يقل: زوجناك بها، فإن قيل: قد قال الله تعالى: ﴿ وَزَوَّجْنَـٰهُم بِحُورٍ عِينٍ ﴾ [2]. قلنا: مراده قرناهم بحور عين؛

(1) سورة الأحزاب: 37.

(2) سورة الدخان: 54؛ وسورة الطور: 20.

لأن الجنة ليس فيها عقد نكاح.

قوله: (وَلاَ بِابْنَتِه وَلاَ بِابْنَتِ وَلَدِه وَإِنْ سَفَلَتْ، وَلاَ بِأُخْتِهِ وَلاَ بِبَنَاتِ أَخِيهِ وَلاَ بِبَنَاتِ أُخْتِهِ وَإِنْ سَفَلْنَ وَلاَ بِعَمَّتِهِ وَلاَ بِخَالَتِهِ) وكذلك عمة الأب والجد وخالة الأب والجد حرام وإن علون.

والحكمة في تحريم هؤلاء: تعظيم القرائب وصونُهن عن الاستخفاف، وفي الافتراش استخفاف بِهن.

قوله: (وَلاَ بِأُمِّ امْرَأَةٍ دَخَلَ بِابْنَتِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ) لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[1] من غير قيد الدخول. وإنما يحرم بمجرد العقد إذا تزوجها تزويجاً صحيحاً. أما إذا تزوجها تزويجاً فاسداً، فلا تحرم أمها، إلا إذا اتصل به الدخول، أو النظر إلى الفرج بشهوة، أو اللمس بشهوة.

قوله: (وَلاَ بِبِنْتِ امْرَأَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِأُمِّهَا سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حِجْرِهِ أَوْ حِجْرِ غَيْرِهِ) وكذلك بنت الربيبة وأولادها وإن سفلن؛ لأن جدتهن قد دخل بها، فحرمن عليه كأولادها منه، وصارت كأم زوجته، فإنها تحرم عليه هي وأمهاتها وجداتها وإن علون، وأمهات آبائها وإن علون، ثم إذا لم يدخل بالأم حل له تزويج البنت في الفرقة والموت؛ لأن الدخول الحكمي لا يوجب التحريم.

قوله: (وَلاَ بِامْرَأَةِ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾[2] وهو يتناول العقد والوطء، فكل من عقد عليها الأب عقد النكاح جائزاً، فهي حرام على الابن بمجرد العقد. أما إذا كان النكاح فاسداً، فإنها لا تحرم بمجرد العقد إلا إذا اتصل به الوطء، أو النظر إلى الفرج بشهوة، أو اللمس بشهوة. قال في شرحه: سواء وطئها الأب حراماً أو حلالاً؛ لأن اسم النكاح يقع على العقد والوطء جميعها، وسواء كان الأب من النسب، أو الرضاع في تحريم منكوحته وموطوءته ومن مسها، أو قبلها، أو نظر إلى فرجها بشهوة، وكذلك نساء أجداده حرام عليه.

قوله: (وَلاَ بِامْرَأَةِ ابْنِهِ وَبَنِي أَوْلاَدِهِ) ولا يشترط الدخول في امرأة الابن والأب، إذا كان النكاح صحيحاً. أما إذا كان فاسداً يجوز قبل الدخول وسواء في ذلك ابنه من الرضاع أو النسب. وكذا امرأة ابن الابن وإن سفل حرام على الأب. وأما إذا كان للابن

(1) سورة النساء: 23.

(2) سورة النساء: 22.

أمة لا تحرم على الأب ما لم يطأها الابن؛ لأنها لا تسمى حليلة والتحريم مقيد بقوله تعالى: ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾ (1)، ولا بأس أن يتزوج الرجل ربيبة أبيه وأم زوجة ابنه، وكذا يجوز للأب أن يتزوج، أم حليلة ابنه وبنتها.

قوله: (وَلاَ بِأُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَلاَ بِأُخْتِهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ) وكذلك أمهات التي أرضعته وبناتها وأخواتها وبنات أخيه وبنات أخته من الرضاعة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(2).

قوله: (وَلاَ يَجْمَعُ بَيْنَ أُخْتَيْنِ بِنِكَاحٍ وَلاَ بِمِلْكِ يَمِينٍ) معناه لا يجمع بين أختين بنكاح يعني عقداً، ولا بملك يمين، يعني وطئاً. أما في الملك من غير وطء، فله أن يجمع ما شاء، وسواء كانتا أختين من النسب أو الرضاع. وإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح، ولا يطأ الأمة، وإن كان لم يطأ المنكوحة؛ لأن المنكوحة موطوءة حكماً، ولا يطأ المنكوحة إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من أسباب الملك ببيع أو تزويج أو هبة أو عتق أو كتابة.

وعن أبي يوسف: أن الكتابة لا تبيح له ذلك. ولو تزوج جارية، فلم يطأها حتى اشترى أختها، فليس له أن يستمتع بالمشتراة؛ لأن الفراش ثبت لأختها بنفس النكاح. فلو وطئ التي اشتراها صار جامعاً بينهما بالفراش. ولو كانت له أمة، فلم يطأها حتى تزوج أختها حل له أن يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئاً؛ إذ المرقوقة ليست موطوءة حكماً وإن تزوج أختين في عقد واحد يفرق بينه وبينهما. فإن كان قبل الدخول، فلا شيء لهما، وإن كان بعده، فلكل واحدة الأقل من مهر مثلها ومن المسمى.

ثم لا يجوز تزوج واحدة منهما، حتى تنقضي عدة الأخرى، وإن تزوجهما في عقدين، فنكاح الأولى جائز، ونكاح الأخرى باطل، ويفرق بينه وبين الأخرى. فإن كانت غير مدخولة، فلا شيء لها، وإن دخل بها، فلها الأقل من مهر مثلها ومن المسمى، ولا يفسد نكاح الأولى، إلا أنه لا يطأ الأولى ما لم تنقض عدة الأخرى، وإن تزوجهما في

(1) سورة النساء: 23.

(2) وأخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات (باب: الشهادة على الأنساب والرضاع والمستفيض والموت)، والترمذي في سننه في كتاب الرضاع (باب: ما جاء يحرم من الرضاع ما يحرم النسب)، والنسائي في سننه في كتاب النكاح (باب: ما يحرم من الرضاع)، و(باب: تحريم بنت الأخ من الرضاعة)، وابن ماجه في سننه في كتاب النكاح (باب: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب).

عقـــدين ولا يدري أيتهما أولاً، فإنه لا يتحرى في ذلك، ولكن يفرق بينهما وبينه؛ لأن نكـــاح إحـــداهما باطـــل بيقين، ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية، ولا إلى التقييد مع التجهيل، فيتعين التفريق ويلزمه نصف الصداق، فيكون بينهما يعني نصف المسمى؛ لأنه وجب للأولى، وانعدمت الأولوية، فيصرف إليها جميعاً.

قوله: (وَلاَ يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلاَ خَالَتِهَا وَلاَ بِنْتِ أُخْتِهَا وَلاَ بِنْتَ أَخِيهَا) فإن قلت: لم قال: «ولا بنت أخيها»، وقد عُلِمَ بقوله: «ولا يجمع بين المرأة وعمتها»؟ قلت: لإزالة الإشكال؛ لأنه ربما يظن أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة عليها يجوز لتفضيل العمة عليها، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة، ويجوز نكاح الحرة على الأمة، فتبين أن ذلك لا يجوز من الجانبين.

قـــوله: (وَلاَ يَجْمَـــعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا رَجُلاً لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالأُخْرَى) سواء كان التحريم بالرضاع أو بالنسب.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ وَابْنَةِ زَوْجٍ كَانَ لَهَا مِنْ قَبْلِهِ)؛ لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع.

وقـــال زفر: لا يجوز؛ لأن ابنة الزوج، لو قدرتها ذكراً لا يجوز له أن يتزوج امرأة أبيه.

قلنا: امرأة الأب لو صورتها رجلاً جاز له تزوج هذه، فالشرط أن يتصور التحريم من الجانبين.

وحاصله: أن المانع من النكاح خمسة أوجه:

1- النسب.

2- والسبب.

3- والجمع.

4- وحق الغير.

5- والدين.

فالنسب: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات.

والسبب: الرضاع والصهورية.

والجمع: هو الجمع بين الأختين ومن في معناهما والجمع بين أكثر من أربع.

والتحريم لحق الغير: زوجة غيره ومعتدته.

والتحريم لأجل الدين: المجوسيات والوثنيات سواء كان بنكاح أو بملك يمين.

قوله: (وَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا). وكذا إذا مس امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها. وكذا إذا مسته هي بشهوة.

والمشتهاة: أن تكون بنت تسع سنين فصاعداً، وبنت خمس فما دونها لا تكون مشتهاة، وما فوقها إلى الثمان إن كانت سمينة، فهي مشتهاة، وإلا فلا.

وفي العيون: إن لم تكن سمينة، فإلى عشر، وإن كان يجامع مثلها فهي مشتهاة، ويكتفى بالمس بشهوة أحدهما، ولا يشترط انتشار الآلة.

وفي الهداية: يشترط أو يزداد انتشاراً، وهو الصحيح. فإن كان عنيناً أو مجبوباً، فهو أن يتحرك قلبه بالاشتهاء، وإن مسها من وراء ثوب إن كان صفيقاً يمنع وصول حرارة بدنها إلى يده لا تثبت الحرمة، وإن كان رقيقاً لا يمنع ثبتت. وأما مس شعرها بشهوة إن مس ما اتصل برأسها ثبتت الحرمة، وإن مس المسترسل لا تثبت، وإنما يحرم المس إذا لم ينزل. أما إذا أنزل باللمس فالصحيح: أنه لا يوجب الحرمة؛ لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء وإن مس امرأة. وقال: لم أشته أو قبلها، وقال ذلك، فإنه يصدق إذا كان اللمس على غير الفرج، والقبلة في غير الفم. أما إذا كان كذلك لا يصدق؛ لأن الظاهر يكذبه. وكذا إذا نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها.

وتكلموا في النظر إلى الفرج؟

قال أبو يوسف: النظر إلى منبت الشعر يكفي.

وقال محمد: لا تثبت الحرمة حتى ينظر إلى الشق.

وقال السرخسي: لا تثبت حتى ينظر إلى الفرج لداخل، والأصح: أن المعتبر هو النظر إلى داخل الفرج لا إلى جوانبه، وذلك لا يتحقق إلا عند اتكائها. أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة، فنظر إليه لا تثبت الحرمة، ولا يشترط في النظر إلى الفرج تحريك الآلة، هو الصحيح، وعليه الفتوى.

وفي الفتاوى: يشترط ذلك، وإن نظر إلى دبرها بشهوة لم تحرم عليه أمها وبنتها، كذا في الواقعات.

وإن نظرت المرأة إلى ذكر الرجل بشهوة أو لمسته أو قبلته بشهوة تعلقت به حرمة المصاهرة، كما لو وجد منه.

قال في الينابيع: النظر إلى الفرج بشهوة يوجب الحرمة سواء كان بينهما حائل كالنظر من وراء الزجاج ومن وراء السترة، أو لم يكن حائل، ولا عبرة بالنظر في المرآة؛ لأنه خيال ألا ترى أنه يراها من وراء ظهره، وكذا إذا كانت على شفاء الحوض، فنظر فرجها في الماء لا تثبت الحرمة، وإن كانت هي في الماء، فرأى فرجها، وهي فيه تثبت

الحرمة، هذا كله إذا كانت حية. أما الميتة فلا يتعلق بلمسها ولا بوطئها ولا بتقبيلها حرمة المصاهرة.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاَقاً بَائِناً أَوْ رَجْعِيّاً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا)، وكذا كل من كانت في علة الأخت كالعمة والخالة، وكذا ليس له أن يتـزوج أربعـاً سواها. وإن أعتق أم ولده ووجبت عليها العدة ثلاث حيض، فتزوج أختها في عدتها، أو أربعاً من الأجانب.

قال زفر: لا يجوز كلاهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز كلاهما.

وأبو حنيفة: فرق بينهما، فقال: نكاح الأخت لا يجوز، ونكاح الأربع يجوز. أما تزوج الأربع سواها في عدتها، فهو جائز عند أصحابنا الثلاثة.

وقـال زفـر: لا يجوز؛ لأنها معتدة كالحرة، ولأن العدة إذا حرمت نكاح الأخت حرمت نكاح الأربع كعدة الحرة.

ولـنا: أن المنع من جهة العدد يجب تحريمه بعقد النكاح، وعدة أم الولد لم تجب بعقد النكاح، فلم يحرم الجمع وليس كذلك تحريم الأخت؛ لأن تحريم الجمع بين الأختين لا يخـتص بالـنكاح بدليل أنه لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين، ويجوز أن يتزوج المرأة وأختها تحته يطأها بملك اليمين؛ لأن الأمة لا فراش لها، وكذا أخت أم ولده يجـوز لـه أن يتزوجها وإذا جاز النكاح لم يجز له أن يطأ الزوجة، حتى يحرم أمته بأن يبـيعها أو يعتقها أو يزوجها، وكذا أم ولده يعتقها أو يزوجها، وكذا لا يطأ الأمة حتى يطلـق الزوجة، وإن تزوج أمة في عدة حرة من طلاق رجعي لا يجوز إجماعاً، وإن كان الطـلاق بائناً، فكذا عند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما: يجوز وإن تزوج حاملاً من الزنا جاز عندهما، ولا يطأها حتى تضع حملها.

وقـال أبو يوسف وزفر: لا يجوز النكاح، وإن جاءت امرأة مسلمة إلينا من دار الحرب مهاجرة جاز أن تتزوج، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة، وقالا: عليها العدة، وهذا إذا كانـت حائلاً. أما إذا كانت حاملاً لم يجز حتى تضع حملها؛ لأنها حامل بولد ثابت النسب.

قـوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ وَلاَ الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا) يريد بذلك في حق أحكـام، لا زواج مـن ثبوت المهر في ذمة المولى، وبقاء النكاح بعد الإعتاق، ووقوع الطلاق عليها، وغير ذلك.

أما إذا تزوجها متنزهاً عن وطئها حراماً على سبيل الاحتمال، فهو حسن لاحتمال أن تكون حرة، أو معتقة الغير، أو محلوفاً بعتقها. وقد حنث الحالف وكثيراً ما يقع ولا سيما إذا تداولها الأيدي. وكذا لا يجوز للرجل أن يتزوج من يملك منها شقصاً ولا المرأة أن تتزوج من تملك شقصاً منه. وكذا إذا ملك أحدهما صاحبه أو بعضه بعد النكاح فسد النكاح. وكذا إذا تزوج أمة، ثم اشتراها فسد النكاح.

وأما المأذون والمدبر إذا اشتريا زوجتيهما لم يفسد النكاح؛ لأنهما لا يملكانها بالعقد. وكذا المكاتب إذا اشترى زوجته لا يفسد النكاح؛ لأنه لا يملكها، وإنما يثبت له فيها حق الملك. وكذا قال أبو حنيفة فيمن اشترى زوجته، وهو فيها بالخيار لم يفسد نكاحها على أصله: أن خيار المشتري لا يدخل المبيع في ملكه.

قوله: (وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الْكِتَابِيَّاتِ) سواء كانت الكتابية حرة أو أمة عندنا.

وقال الشافعي: يجوز تزوج الحرائر منهم دون الإماء. وأما وطؤها بملك اليمين فيجوز عندنا وعنده.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ تَزَوُّجُ الْمَجُوسِيَّاتِ وَلاَ الْوَثَنِيَّاتِ) المجوس: قوم يعبدون النار، ويستحلون نكاح المحارم.

ولو تزوج المسلم كتابية، فتمجست حرمت عليه، وانفسخ نكاحها.

وإن تزوج يهودية، فتنصرت أو نصرانية فتهودت لا يفسد نكاحها، ولو تصابأت: فعند أبي حنيفة: لا يفسد، وعندهما: يفسد.

قوله: (وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الصَّابِئَاتِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِدِينٍ وَيُقِرُّونَ بِكِتَابٍ. وَقَالَ: لاَ يَجُوزُ) والصابئون: قوم عدلوا عن دين اليهود، والنصارى وعبدوا الملائكة من صبا يصبو، إذا خرج من دين إلى دين.

وقيل: هم قوم يؤمنون بإدريس عليه السلام، ويعظمونه.

وقيل: إنهم يزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام، وقبلتهم مهب الجنوب.

قوله: (فَإِنْ كَانُوا يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ وَلاَ كِتَابَ لَهُمْ لَمْ تَجُزْ مُنَاكَحَتُهُمْ)؛ لأنهم مشركون.

قوله: (وَيَجُوزُ لِلْمُحْرِمِ وَالْمُحْرِمَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَا فِي حَالِ الإِحْرَامِ) خلافاً للشافعي رحمه الله. وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف. ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز؛ لأنها ليست فراشاً لمولاها، فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة، إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لماله. وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عندهما.

وقال محمد: لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لاحتمال الشغل بماء المولى، ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ، فلا يؤمر بالاستبراء. وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما.

وقال محمد: لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها، والمعنى ما ذكرنا، كذا في الهداية.

{مطلب في الأولياء والأكفاء}

قوله: (وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِرِضَاهَا وَإِنْ لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا وَلِيٌّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ بِكْراً كَانَتْ أَوْ ثَيِّباً) وفي الهداية: أبو يوسف مع أبي حنيفة في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه لا ينعقد إلا بولي.

وعند محمد: ينعقد موقوفاً على إجازة الولي. ثم إذا انعقد موقوفاً على قول محمد لا يجوز، إلا بإجازة الولي، فإن امتنع من الإجازة لم يجز بإجازة الحاكم، بل يسقط الحاكم ولاية الولي، ويعقد عليها عقداً مستأنفاً وبطل العقد المتقدم؛ لأن كل عقد وقف على إجازة إنسان لم يجز أن يوقف على إجازة غيره.

وقال أبو يوسف: إذا امتنع الولي من الإجازة أجازه الحاكم يعني أن الحاكم يأمر الولي أوَّلاً بالإجازة، فإن أبى يقضي عليه بالعضل، ويجبره الحاكم، فإن مات الزوج، أو الزوجة قبل الإجازة، فإن كان كفئاً ورثه الباقي عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يرثه كفئاً كان، أو غيره وهي عنده بمنزلة الأمة إذا تزوجت بغير إذن مولاها، حتى لو طلقها، أو ظاهر منها لا يقع طلاقه ولا ظهاره، وإن وطئ كان وطؤه حراماً.

قال في الكرخي: قال أبو يوسف ومحمد: إذا أذن الولي للمرأة في النكاح، فعقدت فجاز.

وقال الشافعي: لا ينعقد النكاح بقول امرأة بحال.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِجْبَارُ الْبَالِغَةِ عَلَى النِّكَاحِ بِكْراً كَانَتْ أَوْ ثَيِّباً). وقال الشافعي: يجوز للأب والجد إجبار البكر البالغة.

قوله: (وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ فَذَلِكَ إِذْنٌ مِنْهَا) وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا.

وفي الهداية: إذا استأمرها غير ولي أو استأمرها ولي، وهناك أولى منه لم يكن سكوتها رضا حتى تتكلم؛ لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه، فلم يكن دلالة

على الرضا بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي؛ لأنه قائم مقامه، ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه يقع لها المعرفة به لتظهر رغبتها فيه، يعني أن سكوتها لا يكون رضا إلا إذا بين لها من يخطبها فسكتت؛ لأنه يكون رضا ما إذا لم يبينه، فالسكوت لا يكون رضا؛ لأن الاستئمار لم يكن صحيحاً، ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح؛ لأن للنكاح صحة بدونه.

وقال بعضهم: لا يكون رضا بدونه، والصحيح: أن المزوج إذا كان أباً أو جداً، فذكر الزوج يكفي. وأما إذا كان غيرهما، فتشترط تسمية المهر أيضاً، وإن زوجها من غير كفء لا يكون سكوتها رضا؛ لأن الولي لا يملك تزويجها من غير كفء، فإن بكت عند الاستئذان لم يكن رضا؛ لأنه دليل السخط والكراهة ونفي الرضا.

وقيل: إن بكت بلا صوت لم يكن كراهة، وإن كان مع الصوت، فهو دليل الكراهة؛ ولأنه إذا كان من غير صوت، فهو حزن على مفارقة أبويها وأهلها، وذلك دليل الإجازة. وأما إذا كان مع الصوت كالويل والسخط، فهو دليل الكراهة، فلا يكون رضا.

وقيل: إن كانت الدموع عذبة، فهو رضا، وإن كانت ملحة، فهو كراهة.

وقيل: إن كانت باردة، فهو من السرور والرضا، وإن كانت حارة، فليس برضا.

وإذا قال الولي للبكر: إني أريد أن أزوجك فلاناً، فقالت: غيره أولى منه لم يكن هذا إذناً، وإن زوجها رجلاً، ثم أخبرها، فقالت كان غيره أولى منه كان هذا إجازة. وإن قال: أريد أن أزوجك فلاناً أو فلاناً أو فلاناً، حتى عد جماعة، فسكتت فبأيهم زوجها جاز؛ لأن السكوت دليل على الرضا، بأيهم زوجها.

قوله: (وَإِنْ اسْتَأْذَنَ الثَّيِّبَةَ فَلاَ بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالْقَوْلِ) لقوله عليه السلام: «البكر تستأمر، والثيب تعرب عن نفسها»[1]؛ ولأن النطق لا يعد عيباً منها، فلا مانع من النطق

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الإكراه (باب: لا يجوز نكاح المكره) بلفظ: «فإن البكر تستأمر، فتستحيي، فتسكت، قال: سكاتها إذنها»، وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب النكاح (باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت) بلفظ: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها»، و«قال: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وإذنها صماتها، وربما قال: وصمتها إقرارها»، وأخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب النكاح (باب: استئذان البكر والثيب) بلفظ:« قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الأيم أولى بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، قيل: يا رسول الله إن البكر تستحيي أن تتكلم، قال: إذنها سكوتها»، وأخرجه الدارمي في سننه في كتاب النكاح (باب: استئمار البكر والثيب) بلفظ: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الأيم أولى بنفسها من
=

في حقها بخلاف البكر، فإنه منها دليل على قلة حيائها؛ لأنها لم مارس الأزواج.

قوله: (وَإِذَا زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ حَيْضَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ، فَهِيَ فِي حُكْمِ الأَبْكَارِ) أي تزوج كما تزوج البكر، فيكون سكوتها رضا. وكذا إذا زالت بظفرة، وهو الوثبة من تحت إلى فوق، والوثبة من فوق إلى تحت. وإذا تزوجها على أنها بكر، فوجدها ثيباً حين وطئها، فلها المهر كاملاً وللأب أن يقبض مهر البكر بغير إذنها ما لم تنهه عن ذلك، وليس له أن يقبض مهر الثيب إلا بإذنها.

قوله: (وَإِنْ زَالَتْ بِزِنًا، فَهِيَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) ويعني أنها تزوج كما تزوج البكر.

وقال أبو يوسف ومحمد: تزوج كما تزوج الثيب، ولا يكتفى بسكوتها. وإن زالت بشبهة أو بنكاح فاسد، فهي في حكم الثيب إجماعاً؛ لأن الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين ألزمها العدة والمهر وأثبت النسب بذلك. ثم الخلاف في زوالها بالزنا إذا لم يقم عليها الحد ولم يصر الزنا عادة لها ولم تشتهر به. أما إذا وجد شيء من ذلك لا يكتفى بسكوتها إجماعاً.

قوله: (وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ بَلَغَكِ النِّكَاحُ، فَسَكَتِّ، فَقَالَتْ -مُجِيبَةً لَهُ-: بَلْ رَدَدْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلاَ يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقال زفر: القول قوله: فإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح وإن أقاماها جميعاً فبينتها أولى؛ لأنها تثبت الرد والبينة إنما هي على الإثبات، وإن أقام الزوج بينة على أنها أجازت حين أخبرت، وأقامت هي بينة على أنها ردت كانت بينة الزوج أولى؛ لأنهما استويا في الصورة وبينته أثبتت اللزوم، فترجحت على بينتها بخلاف الأولى؛ لأن ثم قامت بينته على العدم، وهو السكوت لا على إثبات شيء حادث؛ لأنها إنما قامت على السكوت، وهو عدم الكلام وبينتها قامت على إثبات الرد، وقوله: «ولا يمين عليها عند أبي حنيفة».

وقال أبو يوسف ومحمد: إن حلفت برئت، وإن نكلت لزمها النكاح.

قوله: (وَلاَ يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُسْتَحْلَفُ فِيهِ) قال في الكنز: والفتوى على قولهما.

=

وليها، والبكر تستأمر في نفسها، قيل: يا رسول الله إن البكر تستحيي أن تتكلم، قال: إذنها سكوتها»، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده بهذه المعاني في الأحاديث الآتية: 1790، 2351، 3053، 3172، 3246، 6834.

والأصل في هذا أن عند أبي حنيفة: لا يستحلف في ثمانية أشياء:

1 - النكاح.

2- والرجعة.

3- والفيء في الإيلاء.

4- والرق.

5- والاستيلاد.

6- والولاء.

7- والنسب.

8- والحدود.

وعندهما: يستحلف في جميعهما إلا في الحدود.

وصورة هذه المسائل: إذا ادعى عليها نكاحاً أو هي عليه، وأنكر الآخر.

وفي الرجعة: إذا ادعى عليها، أو هي عليه بعد العدة أنه راجعها، وأنكر الآخر.

وفي الإيلاء: ادعى عليها أو هي عليه بعد المدة أنه فاء إليها، وأنكر الآخرون.

وفي الرق: ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول عليه أنه مولاه، وأنكر الآخرون.

وفي الولاء: ادعى على معروف أنه أعتقه أو هو عليه، وأنكر الآخر.

وفي النسب: ادعى على مجهول أنه ولده أو على العكس.

وفي الاستيلاد: ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه هذا الولد أو ولداً قد مات، وأنكر المولى. وأما إذا ادعى المولى ذلك عليها، فلا عبرة بإنكارها، فالدعوى تتصور من الجانبين في الكل إلا في هذه المسألة.

قوله: (وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ) والأصل في هذا: أن النكاح عندنا ينعقد بكل لفظة يقع بها التمليك في حال الحياة على التأبيد. وهذا احتراز عن الوصية والإجارة.

قال في الهداية: وينعقد بلفظ البيع، هو الصحيح.

وصورته: أن تقول المرأة: بعت نفسي منك، أو قال أبوها: بعتك ابنتي بكذا.

وهل ينعقد بلفظ الشراء مثل أن يقول اشتريتك بكذا؟ فأجابت: بنعم.

قال أبو القاسم البلخي: ينعقد.

قوله: (وَلاَ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ وَالإِبَاحَةِ)؛ لأن الإجارة مؤقتة، وذلك ينافي النكاح؛ لأن مقتضاه: التأبيد. وأما الإباحة والإعارة والإحلال: فلا ينعقد بها؛ لأنها ليست

بسبب للملك.

قوله: (وَلاَ يَنْعَقِدَ بِلَفْظِ الْوَصِيَّةِ)؛ لأن التمليك فيها مضاف إلى ما بعد الموت، فلا ينعقد به. ولو قال لامرأة: تزوجتك على كذا من الدراهم بحضرة الشهود، فقالت: قبلت النكاح، ولا أقبل المهر لم يصح النكاح.

وعن أبي حفص الكبير: يصح؛ لأن النكاح أصل، والمال تبع، وقد قبلت في الأصل. ولو قالت امرأة لرجل: بحضرة شاهدين تزوجتك على كذا من المال، إن أجاز أبي أو رضي، فقال: قبلت لا يصح، فإن كان الأب حاضراً في المجلس، فقال: رضيت أو أجزت جاز.

ولو أضاف النكاح إلى نصف المرأة، فقال: زوجتك نصف ابنت فيه روايتان: أصحهما: أنه لا يصح؛ لأن التعدي ممتنع؛ إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء بخلاف ما إذا قال: نصفك طالق حيث تصح الإضافة: ويقع الطلاق؛ لأن الحل هنا كان ثابتاً في كل الأجزاء، فلما أوقع الحرمة في بعضها، وقع في الكل احتياطاً لعدم التجزؤ.

قوله: (وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهُمَا الْوَلِيُّ بِكْراً كَانَتْ الصَّغِيرَةُ أَوْ ثَيِّباً) وقال مالك: لا يزوج الصغيرة إلا الأب.

وقال الشافعي: إلا الأب والجد إذا كانت بكراً. وأما إذا كانت ثيباً، فلا يزوجها أحد عنده.

قال في النوادر: إذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب أو الجد، فالاحتياط: أن يعقد مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لجواز أن يكون في التسمية نقصان، فلا يصح العقد الأول، ويصح الثاني بمهر المثل.

ولو أن صغيرة لا يستمتع بها زوجها أبوها، فله أن يطالب الزوج بمهرها دون نفقتها؛ لأن النفقة بإزاء الاحتباس لحق الزوج، وهي غير محبوسة لحقه، والمهر بإزاء الملك، وهو ثابت.

ولو أن امرأة زوجت ابنتها الصغيرة وقبضت مهرها، ثم أدركت الصغيرة، فإن كانت الأم وصية، فلها أن تطالب أمها بمهرها دون زوجها وإن لم تكن وصية، فلها أن تطالب الزوج ويرجع الزوج على أمها إن كان المهر قائماً، وكذا هذا في غير الأب والجد.

قوله: (وَالْوَلِيُّ هُوَ الْعَصَبَةُ) ويعتبر في الولاية الأقرب فالأقرب، فإذا اجتمع وليان في درجة واحدة، فزوج أحدهما جاز سواء أجاز الآخر أو فسخ بخلاف الجارية بين اثنين:

زوجهـا أحـدهما، فإنه لا يجوز إلا بإجازة الآخر، وإذا كانت جارية بين اثنين وجاءت بولد، فادعياه حتى ثبت النسب منهما جاز أن ينفرد أحدهما بتزويجه أيهما كان.

وقال مالك: لا ينفرد به أحدهما دون الآخر.

قوله: (فَإِنْ زَوَّجَهُمَا الأَبُ أَوِ الْجَدُّ فَلاَ خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ) لكمال ولايتهما ووفور شفقتهما، فكأنهما باشراه برضاهما بعد البلوغ.

قـوله: (وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُ الأَبِ وَالْجَدِّ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَ، إِنْ شَاءَ أَقَامَ عَلَى النِّكَاحِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ) وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا خيار لهما اعتباراً بالأب والجد.

ولهما: أن قرابة الأخ ناقصة بدلالة أنه لا ولاية له في المال، وإطلاق الجواب في غير الأب والجـد يتـناول الأم والقاضـي، وهو الصحيح لقصور الرأي في الأم والشفقة في القاضي، فيتخير، كذا في الهداية. وفي شرحه: إذا زوجهما القاضي، ثم بلغا، فلا خيار لهما عندهما.

وقال محمد: لهما الخيار، وهما يقولان القاضي يلي عليهما في المال والنكاح بسبب واحد، فأشبه الأب. ومعنى قوله: «بسبب واحد»: يحترز من العم إذا كان وصيّاً.

ومحمد يقول: عقد الحاكم متأخر عن عقد العم. فإذا ثبت لهما الخيار بولاية العم، فالحاكم أولى.

ثم خيار البلوغ على الفور، فمتى علمت بالنكاح، فسكتت عن رده بطل خيارها، ولا يمتد إلى آخر المجلس.

قال في الهداية: إذا بلغت الصغيرة، وقد علمت بالنكاح، فسكتت، فهو رضا، وإن لم تعلـم بالـنكاح، فلها الخيار حتى تعلم، فتسكت شرط العلم بأصل النكاح؛ لأنها لا تـتمكن مـن التصرف بحكم الخيار، إلا به والولي ينفرد به، فعذرت ولم يشترط العلم بالخـيار؛ لأنهـا تتفـرغ لمعرفة الأحكام الشرعية والدار دار الإسلام، فلم تعذر بالجهل بخـلاف المعتقة؛ لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها، فتعذر بالجهل بثبوت الخيار. ويشترط في خـيار الـبلوغ القضـاء بخلاف خيار العتق، يعني إذا أدركت الصغيرة وبلغها النكاح، فاخـتارت نفسـها لم تقـع الفرقة، إلا بحكم الحاكم وخيار البلوغ في حق البكر يبطل بالسـكوت، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت، أو يجيء منه ما يعلم أنه رضي، وكذا الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار الـبلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس، يعني أنه يبطل بمجرد السكوت، ولا يبطل

بالقيام في حق الثيب والغلام، وإنما يبطل بالرضا غير أن السكوت من البكر رضا بخلاف خيار العتق؛ لأنه ثبت بإثبات المولى، وهو الإعتاق، فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة. ثم خيار العتق يفارق خيار البلوغ من أربعة أوجه:

1 - يقع باختيارها من غير قضاء.

2- ولا يبطل بالسكوت.

3- ولا يقتصر على المجلس.

4- ولا يبطل بالجهل، كذا في الوجيز.

ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق؛ لأنه لا يصح من الأنثى ولا طلاق لها، وكذا خيار العتق لما ذكرنا بخلاف خيار المخيرة؛ لأن الزوج هو الذي ملكها، وهو مالك للطلاق، فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر، وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق؛ لأن العقد صحيح.

قال في الكرخي: إذا زوج العم الصغير أو الصغيرة، ثم بلغا فإن كانت بكراً، فسكتت عقيب بلوغها سقط خيارها وإن كانت وطئت قبل البلوغ لم يبطل خيارها، إلا بالقول، أو بالفعل الذي يستدل به على الرضا، وكذا الغلام. أما البكر فلأن سكوتها أجري مجرى قولها قد رضيت. وأما الثيب فسكوتها لا يدل على الرضا، فوقف الرضا على قولها، أو ما جرى مجراه. وكذا الغلام لا يستدل بسكوته على الرضا، فما لم يقل: رضيت، أو يفعل، فلا يستدل به الرضا لا يسقط خياره.

وفي العيون: قال هشام عن محمد: في الصغيرة زوجها عمها فدخل بها زوجها، فحاضت عند الزوج، قال: هي على خيارها ما لم يجامعها الزوج. قال: قلت: فإن مكثت سنة لم يجامعها، وهي في خدمته، قال: هي على خيارها ما لم تطلب النفقة.

قال الخجندي: الخيارات ثلاثة:

1 - خيار الإدراك.

2- وخيار المعتقة.

3- وخيار المخيرة.

فخيار المدركة: يبطل بالسكوت إذا كانت بكراً، فإن كانت ثيباً لا يبطل بالسكوت، وإن كان الخيار للزوج لا يبطل، إلا بصريح الإبطال، أو يجيء منه دليل على إبطال الخيار، كما إذا اشتغل بعمل آخر، أو أعرض عن الاختيار بوجه من الوجوه، ولا تقع الفرقة إلا بقضاء القاضي.

وعلم عقد النكاح شرط، وعلم الخيار ليس بشرط.

وأما خيار المعتقة: لا يبطل بالسكوت، ويمتد إلى آخر المجلس، وتقع الفرقة بنفس الاختيار، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، وكذلك هذا في خيار المخيرة: أنه لا يحتاج إلى القضاء، ويمتد إلى آخر المجلس، ويتعلق بعلم الخيار.

ثم إذا أدركت الصغيرة، واختارت الفرقة قبل الدخول، فلا مهر لها، وإن كانت بعد الدخول فلها المهر، وكذا الصغير إذا اختار الفرقة قبل الدخول، فلا مهر عليه وليس في الفصول فرقة تقع من قبل الزوج من غير مهر إلا هذه المسألة.

قوله: (وَلاَ وِلاَيَةَ لِصَغِيرٍ وَلاَ عَبْدٍ وَلاَ مَجْنُونٍ)؛ لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فأولى أن لا يلوا عن غيرهم.

قوله: (وَلاَ وِلاَيَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ) قال الله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ (1) ولهذا لا يتوارثان ويجوز للكافر أن يزوج ابنته الكافرة لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ (2) ولهذا يتوارثان.

قوله: (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ لِغَيْرِ الْعَصَبَاتِ مِنَ الأَقَارِبِ التَّزْوِيجِ) هذا هو المشهور، وهو استحسان.

وقال محمد: لا يجوز، وقول أبي يوسف مضطرب. والأشهر: أنه مع محمد، وهذا عند عدم العصبات، وسواء في ذلك الذكر والأنثى عند أبي حنيفة.

قال في المنظومة:

والأم والخال وكل ذي رحم لكلهم تزويج من لم يحتلم

وأولاهم الأم، ثم الجدة، ثم الأخت للأبوين، ثم الأخت للأب، ثم الأخت للأم، ثم أولاهم.

وفي المصفى: أولاهم الأم، ثم البنت، ثم بنت الابن، ثم بنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم الأخت للأبوين. والجد الفاسد أولى من الأخت عند أبي حنيفة.

قال شيخ الإسلام: النساء اللاتي هن من قوم الأب ولايتهم عند عدم العصبات بإجماع من أصحابنا، وهي الأخت للأبوين والأخت للأب والعمة وبنت الأخ وبنت العم. وأما الأم والخالة واللاتي هن من قوم الأم، فعند أبي حنيفة: لهم الولاية، وعند محمد: لا ولاية لهم، وأبو يوسف قيل مع محمد. والأصح: أنه مع أبي حنيفة وأولوا الأرحام

(1) سورة النساء: 141.

(2) سورة الأنفال: 73.

أولى من الحاكم.

قوله: (وَمَنْ لاَ وَلِيَّ لَهَا إِذَا زَوَّجَهَا مَوْلاَهَا الَّذِي أَعْتَقَهَا جَازَ) أي من لا ولي لها من العصبة زوجها مولى العتاقة ذكراً كان أو أنثى، ثم ذوو الأرحام بعد ذلك ومولى العتاقة آخر العصبات، وهو أولى من ذوي الأرحام.

قوله: (وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَازَ لِمَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ أَنَّهُ يُزَوِّجُ خِلاَفاً لِزُفَرَ) والأصل أن عندنا: أن الولي الأبعد أولى من السلطان، حتى لو زوجها السلطان مع حضوره لم يجز.

وعند الشافعي: السلطان أولى منه. وقوله: «جاز للأبعد منه أن يزوج» إلا الأمة إذا غاب مولاها ليس للأقارب تزويجها. وأما الوصي، فإنه لا يملك تزويج الصغار، ولو أوصى إليه الأب بذلك؛ لأنه لا قرابة له.

قوله: (وَالْغَيْبَةُ الْمُنْقَطِعَةُ: أَنْ يَكُونَ فِي بَلَدٍ لاَ يَصِلُ إِلَيْهِ الْقَوَافِلُ فِي السَّنَةِ إِلاَّ مَرَّةً) هذا اختيار القدوري.

وفي المصفى والفتاوى الكبرى: قدروها بثلاثة أيام، وعليها الفتوى.

وقيل: إذا كان بحال يفوت الكفء باستطلاع رأيه، وهذا أقرب إلى الفقه. وهو اختيار محمد بن الفضل ومحمد بن مقاتل، وعليه فتوى جماعة من المتأخرين.

وقال زفر: إذا كان لا يعلم أين هو فهي غيبة منقطعة.

وقال الإمام السعدي: إذا كان الأقرب سياحاً لا يوقف على أثره، أو مفقوداً لا يعلم مكانه، أو مستخفياً في بلد لا يوقف عليه، فهو بمنزلة الغائب غيبة منقطعة. وإذا اجتمع الجد والإخوة، فالجد أولى عند أبي حنيفة سواء كانوا من أب وأم، أو من أب وعندهما: يجوز لكل واحد منهما أن يزوج، والمراد بالجد: أبو الأب.

{مطلب في الكفاءة}

قوله: (وَالْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ مُعْتَبَرَةٌ) قال في الفتاوى: تعتبر عند ابتداء النكاح، ولا يعتبر استمرارها بعد ذلك، حتى لو تزوجها وهو كفء، ثم صار فاجراً لا يفسخ النكاح، ثم الكفاءة إنما تعتبر لحق النساء لا لحق الرجال، فإن الشريف إذا تزوج وضيعة دنيئة ليس لأوليائه حق الاعتراض؛ لأنه مستفرش لا مستفرش، والحسيب كفء للنسيب، حتى إن الفقيه يكون كفئاً للعلوي؛ لأن شرف العلم فوق شرف النسب، حتى إن العالم العجمي كفء للعربي الجاهل، والعالم الفقير كفء للغني الجاهل.

وأما الكفاءة في العقل فاختلف فيها؟

وفي الفتاوى: أنها معتبرة في العقل، حتى إن المجنون لا يكون كفئاً للعاقلة.

قـــوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا) يعني إذا زوجت نفسها، فلهم أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن أنفسهم، وسواء كان الولي ذا رحم محرم أو لا، كابن العم، هو المختار كذا في الفتاوى. ولا تكون هذه الفرقة إلا عند الحـــاكم وسكوت الولي عن المطالبة بالتفريق لا يبطل حقه في الفسخ، وإن طال الزمان حتى تلد، فإذا ولدت منه لم يبق لهم أن يفرقوا كي لا يضيع الولد عمن يربيه وما لم يقض القاضـــي بينهما. فحكم الطلاق والظهار والإيلاء والميراث قائم بينهما. والفرقة تكون فســـخاً لا طلاقـــاً. فإن لم يكن الزوج دخل بها، فلا شيء لها، وإن دخل بها أو خلا بها خلوة صحيحة لزمه كل المسمى ونفقة العدة، وعليها العدة. وإن طلقها الزوج قبل تفريق القاضـــي وقـــبل الدخول، فلها نصف المسمى. ولو أنها لما زوجت نفسها بغير كفء جهـــزها الولي وقبض مهرها كان راضياً؛ لأن ذلك تقرير لحكم العقد، وإن زوجها الولي مـــن غير كفء، ثم فارقها الزوج، ثم زوجت نفسها من ذلك الرجل بغير إذن الولي كان للولي الاعتراض؛ لأن الرضا بالأول لا يكون رضا بالثاني وإن زوجها أحد الأولياء برضاها من غير كفء لم يكن لهذا الولي ولا لمن هو مثله أو دونه حق الفسخ عندنا خلافاً لزفر.

ولـــو أســـقط بعض الأولياء حقه من الكفاءة سقط حق الباقين إذا رضيت بذلك المرأة عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يسقط حق من لم يرض.

قوله: (وَالْكَفَاءَةُ مُعْتَبَرَةٌ فِي النَّسَبِ وَالدِّينِ وَالْمَالِ) أما النسب: فقريش بعضهم أكفاء لبعض، وليست العرب أكفاء لهم؛ لأنهم فخروا بقربهم من رسول الله صلى الله عليه وســـلم، ولا عبرة لفضل البعض منهم على بعض، حتى إن الهاشمية لو زوجت نفسها من قرشـــي غير هاشمي لا يكون لأوليائها الاعتراض، وكذا سائر العرب بعضهم أكفاء لبعض وبـــنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب؛ لأنهم يعرفون بالخساسة. قيل: إنهم يستخرجون النقي من عظام الميتة ويأكلونه؟ قال الشاعر:

إذا قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من لوم هذا النسب

وأما الموالي فبعضهم أكفاء لبعض سواء كانوا موالي قريش، أو لغيرهم من العرب؛ لأن المعـــنى الـــذي فخرت به قريش ليس هو في مواليهم، ومعناه أن موالي العرب أكفاء لموالي قريش كذا في الكرخي.

وفي الخجـــندي: موالي أشرف القوم لا يساويه موالي الوضيع، حتى إن مولاة بني هاشم لو زوجت نفسها من موالي العرب كان لمواليها التعرض، ثم الموالي من كان منهم

له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو كفء، لمن له آباء في الإسلام. ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفئاً لمن له أبوان في الإسلام؛ لأن تمام النسب بالأب والجد. وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى. وأما من أسلم بنفسه لا يكون كفئاً لمن له أب واحد في الإسلام إجماعاً؛ لأن التفاخر فيما بينهم بالإسلام. وأما العرب فمن تقدم له أب واحد في الإسلام يكون كفئاً لمن تقدم له آباء في الإسلام؛ لأن فخرهم بالنسب لا بالإسلام بخلاف العجم. وأما الكفاءة في الدين يعني الديانة، فيعتبر أيضاً عندهما هو الصحيح.

وقال محمد: لا تعتبر؛ لأنها من أمور الآخرة إلا إذا كان يصفع ويسخر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران، وتلعب به الصبيان.

قوله: (وَتُعْتَبَرُ فِي الْمَالِ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَالِكُهَا لِلْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ) وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، حتى أن من لم يملكهما، أو يملك أحدهما لا يكون كفئاً؛ لأن المهر بدل البضع، فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامها.

وعن أبي يوسف: أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر؛ لأنه قد تجري المساهلة في المهور.

وأما الكفاءة في الغنى: فمعتبرة عند أبي حنيفة ومحمد، حتى أن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى، ويتعيرون بالفقر.

وقال أبو يوسف: لا يعتبر؛ لأنه لا ثبات له، إذا المال غاد ورائح.

قال بعضهم: وهذا أصح؛ لأن كثرة المال مذموم في الأصل.

قوله: (وَيُعْتَبَرُ فِي الصَّنَائِعِ أَيْضاً) وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة: روايتان: في رواية: لا يعتبر، وهو الظاهر حتى أن البيطار يكون كفئاً للعطار، وفي رواية: هم أكفاء بعضهم لبعض، إلا الحائك والحجام والدباغ والكناس والحلاق، فإنهم لا يكونون أكفاء لسائر الحرف، ويكون بعضهم أكفاء لبعض.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ وَنَقَصَتْ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا فَلِلأَوْلِيَاءِ حَقُّ الاعْتِرَاضِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُتِمَّ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا أَوْ يُفَارِقَهَا) وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لهم ذلك، وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله: المرجوع إليه في النكاح بغير ولي وقد صح رجوعه.

قال في شرح المختار: رجع محمد إلى قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام.

وحكى أبو جعفر الهندواني: أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام، فقالت

لــه: لي وَلِيٌّ لا يزوجني إلا بعد أن يأخذ مني مالاً كثيراً، فقال لها محمد: اذهبي، فزوجي نفسك.

وصورته على الرواية التي لم يرجع عنها في صورتين:

إحداهما: أن يأذن لها الولي في التزويج، ولم يسم مهراً، فعقدت على هذا الوجه.

والثانية: أن السلطان إذا أكره المرأة ووليها على تزويجها بدون مهر المثل، فالعقد جائز.

ثم إنه إذا زال الإكراه، ورضيت المرأة بذلك المهر دون الولي، فعلى قول أبي حنيفة له الفسخ لأجل التبليغ إلى مهر المثل، وعندهما: ليس له ذلك.

قوله: «أو يفارقها»: ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضي، وما لم يقض القاضي بالفــرقة، فحكم الطلاق والظهار والإيلاء والميراث قائم، ثم إذا فرق القاضي بينهما إن كان بعد الدخول، فلها المسمى وإن كان قبله فلا شيء لها.

قوله: (وَإِذَا زَوَّجَ الأَبُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ وَنَقَصَ مِنْ مَهْرِهَا أَوِ ابْنَهُ الصَّغِيرَ وَزَادَ فِي مَهْــرِ امْرَأَتِهِ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا) ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد. وهذا عند أبي حنيفة وزفر.

وقـــال محمـــد وأبو يوسف: لا يجوز الحط والزيادة لا بما يتغابن فيه. ومعنى هذا الكلام: أنه لا يجوز العقد عندهما أصلاً، وظن بعضهم أن الزيادة والنقصان لا يجوز.

وأمـــا أصل النكاح: فيجوز، والأصح: أن النكاح لا يجوز عندهما، والخلاف فيما إذا لم يعـــرف ســـواء اختيار الأب بمجانة أو فسقاً. أما إذا عرف ذلك منه، فالنكاح باطل إجماعاً.

والذي يتغابن فيه في النكاح ما دون نصف المهر كذا أفاد شيخنا موفق الدين رحمه الله.

وقيل: ما دون العشرة.

ولو وكل الأب من يزوج الصغير أو الصغيرة، فزوجهما الوكيل بغبن فاحش، فهو على هذا الاختلاف.

ومن زوج ابنته الصغيرة عبداً أو ابنه الصغير أمة جاز عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يجوز.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِ الأَبِ وَالْجَدِّ) يعني إذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد، فإنه لا يجوز إلا أن تكون الزيادة والنقصان مما يتغابن فيه إجماعاً.

قال في النوادر: إذا زوجهما غير الأب والجد، فالاحتياط أن يعقد مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لجواز أن يكون في التسمية نقصان، فلا يصح الأول ويصح الثاني بمهر المثل.

{مطلب في المهر[1]}

قوله: (وَيَصِحُّ النِّكَاحُ إِذَا سَمَّى فِيهِ مَهْراً وَيَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ فِيهِ مَهْراً)، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها، وقد قالوا: إن نكاح الشغار منعقد، والشرط باطل، ولكل واحدة من المرأتين مهر مثلها. وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الزوج أخته أو أمه على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى، فعندنا: يجوز النكاح، ولكل واحدة منهما مهر مثلها.

وقال الشافعي: لا يجوز هذا النكاح. وأما نَهيه عليه السلام عن نكاح الشغار فهو الخالي عن المهر. وهو أن يأذن لعبده أو يتزوج برقبته، فإنه لا يجوز؛ لأنه إذا تزوجها برقبته ملكته وانفسخ النكاح، وإن تزوجته بلا مهر لا يجوز، وهو نكاح الشغار.

قوله: (وَأَقَلُّ الْمَهْرِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) أو ما قيمته عشرة دراهم يوم العقد لا يوم القبض، والمعتبر زنة سبعة، وهو أن يكون زنة كل درهم أربعة عشر قيراطاً.

---

(1) يطلق المهر شرعاً على: «المال الذي يجب على الرجل للمرأة، بسبب عقد الزواج عليها أو بسبب وطئه لها».

وقولنا: «بسبب العقد أو الوطء»: يفيد أن الذي يوجب المهر على الزوج واحد من أمرين:

الأول: نفس العقد، وذلك في الزواج الصحيح.

والثاني: الدخول بالزوجة، وذلك في الزواج الفاسد.

ومنه يفهم أن العاقدين لو تَفَرَّقَا في الزواج الفاسد قبل الدخول لم يجب على الزوج شيء من المهر؛ لأن السببين الموجبين له قد انتفيا؛ فلم يوجد عقد معتبر شرعاً ولا دخول.

وقد علم من قولنا: «يوجب المهر إلخ» أن المهر واجب، ولا يجوز أن يخلو الزواج منه، نعم إن ذكره في وقت العقد ليس شرطاً لصحته، بل يصح العقد ولو لم يسميا مهراً، بل ولو اتفقا على عدم المهر، لكن اتفاقهما على عدم المهر لا يُعْفِي الزوجَ منه، ولا يُسْقطه عنه؛ لأن الشريعة لم تشأ أن تجعل الاستمتاع بالمرأة بالْمَجَّان جائزاً فيسهل على الرجل حينئذ إهمالها وطَرْحُهَا.

ويسمى المهر صَدَاقاً، ونِحْلَةً، وفَرِيضَةً، وطَوْلاً، وحِبَاءً، وأَجْراً، وعَقْراً، ونِكَاحاً، وقد جمع هذه الأسماء وغيرها بعضهم في بيتين من النظم فقال:

صَدَاقٌ، وَمَهْرٌ، نحلَةٌ، وَفَرِيضَةٌ حِبَاءٌ، وأَجْرٌ، ثُمَّ عَقْرٌ، عَلاَئِقُ
وَطَوْلٌ، نِكَاحٌ، ثُمَّ خَرْسٌ تَمَامُهَا فَفَرْدٌ وعشر عد ذاك مُوَافِقُ

انظر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (ص 125-126).

قوله: (فَإِنْ سُمِّيَ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَلَهَا عَشَرَةٌ) وقال زفر: لها مهر مثلها، فإن طلقها قبل الدخول، فلها خمسة.

وعند زفر: يجب لها المتعة كما إذا لم يسم شيئاً. وإذا تزوجها على ثوب يساوي عشـرة دراهم، فلم تقبضه حتى صار يساوي خمسة، فالعقد صحيح، ولها الثوب لا غير، لما بينا أن المعتبر القيمة يوم العقد، ولو تزوجها على ثوب يساوي ثمانية، فلم تقبضه حتى صار يساوي عشرة، فلها الثوب ودرهمان.

قـوله: (وَإِنْ سَـمَّى عَشَرَةً فَمَا زَادَ فَلَهَا الْمُسَمَّى إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا)، وكذا إذا ماتت هي فلها المسمى أيضاً، وكذا إذا قتلت نفسها قبل الدخول، فإنه يجب لها كمال المهر؛ لأن قتلها نفسها كموتها.

وعند الشافعي: يسقط مهرها وإن كانت أمة فقتلت نفسها.

روى الحسـن عن أبي حنيفة: أنه يسقط مهرها؛ لأن جنايتها محمولة على السيد، فكأنه قتلها.

وروي عـن أبي حنيفة: أنه لا يسقط، وهو قولهما؛ لأن جنايتها على نفسها هدر كموتها وإن قتلها مولاها قبل الدخول سقط مهرها عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يسقط. وهـذا إذا كان المولى بالغاً عاقلاً. أما إذا كان صبيّاً أو مجنوناً لا يسقط إجماعاً. وإن قتل المولى زوجها لا يسقط إجماعاً.

قـال في المـنظومة: ويسقط المهر بقتل السيد، فقوله: يسقط دليل على أنه غير مقبوض، فإن كان مقبوضاً رده على الزوج عنده خلافاً لهما.

قوله: (وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَالْخَلْوَةِ فَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى) فإن تزوجها على أقل من عشرة، ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما سمى وتمام خمسة.

واختلفوا في نصف المسمى؟

فمنهم من قال: إن الطلاق يسقط نصف المهر ويبقي نصفه.

ومنهم من قال: يسقط جميعه، وإنما يجب نصفه على طريق المتعة، وصحح هذا في الهداية في «باب الرجوع عن الشهادات».

وفائدتـه: وإذا تـزوجها على مائة درهم ورهنها بها رهناً، ثم طلقها، فعلى القول الأول: لها إمساك الرهن، وعلى الثاني: لا.

وفي المصـفى: إذا رهـنها بالمسـمى، وطلقها قبل الدخول، فهو رهن بالنصف بالإجماع، وإن تزوجها على عبد أو جارية أو حيوان أو نخل، فحدث من ذلك زيادة إن

كانت متصلة حادثة من الأصل كالسمن وزوال البياض من العين، أو كان أخرس، فتكلم، أو نخلاً فأثمر أو منفصلة حادثة من الأصل كالولد والثمر والأرش والعقر وكان ذلك الحدوث في يد الزوج قبل أن تقبض المرأة الأصل، ثم طلقها قبل الدخول، فإن الأصل والزيادة يتنصفان إجماعاً. وإن كانت الزيادة منفصلة غير حادثة من الأصل كالكسب والهبة. فإن الأصل يتنصف والزيادة كلها للمرأة عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: كلاهما يتنصفان. وأما إذا كانت متصلة غير حادثة من الأصل كالصبغ صارت المرأة قابضة بذلك ويجب عليها نصف القيمة يوم حكم بالقبض.

وأما إذا قبضت المرأة الأصل وحصلت الزيادة في يدها إن كانت متصلة حادثة منه كالسمن وزوال البياض من العين امتنع التنصيف وللزوج عليها نصف القيمة يوم سلمه إليها وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يمتنع التنصيف وإن كانت منفصلة حادثة منه كالولد والثمر والأرش والعقر امتنع التنصيف إجماعاً، وكان الأصل ولزيادة لها وللزوج عليها نصف قيمة الأصل يوم سلمه إليها وإن كانت منفصلة غير حادثة من الأصل كالكسب والهبة، فإن الزيادة تكون للمرأة إجماعاً. والأصل بينهما نصفان إجماعاً أيضاً.

قوله: (**فَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً أَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ لاَ مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا**)، وكذا إذا ماتت هي.

قوله: (**فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْخَلْوَةِ فَلَهَا الْمُتْعَةُ ثَلاَثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كِسْوَةِ مِثْلِهَا**) وهي درع وخمار وملحفة. ثم إذا كانت المتعة أكثر من نصف مهر المثل، فلها نصف مهر المثل؛ لأن المتعة بدل عن نصف مهر المثل.

وقوله: «من كسوة مثلها»: إشارة إلى أنه يعتبر حالها، وهو قول الكرخي. والصحيح: أنه يعتبر حاله، لقوله: تعالى ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ (1).

قوله: (**وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا**) وإن خالعها على خمر أو خنزير لا شيء للزوج.

والفرق: أن دخول البضع متقوم، فلا يملك إلا بعوض وخروجه غير متقوم، وإذا تزوجها على هذا الدن من الخل، فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة، وعندهما: لها مثل وزنه خلاً وإذا تزوجها على هذا العبد، فإذا هو حر يجب مهر المثل عندهما.

(1) سورة البقرة: 236.

وقال أبو يوسف: تجب قيمته لو كان عبداً، فمحمد مع أبي حنيفة في العبد، ومع أبي يوسف في الخل. وإذا تزوجها على هذين العبدين، فإذا أحدهما حر، فليس لها إلا الباقي منهما إذا ساوى عشرة دراهم فصاعداً عندهما.

وقال أبو يوسف: لها الباقي وقيمة الآخر لو كان عبداً وإن تزوجها على هذين الدنين من الخل، فإذا أحدهما خمر، فلها الباقي عند أبي حنيفة إذا كان يساوي عشرة دراهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: لها الباقي ومثل ذلك الدن من الخل، وإذا تزوجها على هذه الشاة المسلوخة، فإذا هي ذبيحة مجوسي أو متروكة التسمية عمداً أو ميتة، فلها مهر المثل عندهما.

وقال أبو يوسف: لها قيمتها لو كانت ذكية وإن تزوجها على هاتين المسلوختين، فإذا إحداهما ميتة، فعندهما: الباقي، وعند أبي يوسف: لها الباقي، وقيمة الأخرى. ولو تزوجها على هذا الحر، وأشار إليه، فإذا هو عبد أو على هذه الميتة، فإذا هي ذكية، فلها ذلك إجماعاً. أما على قول أبي حنيفة ومحمد: فلأن الحكم يتعلق بالمشار إليه دون المسمى؛ لأن الإشارة أبلغ من التسمية، والمشار إليه مال، وكذا على قول أبي يوسف؛ لأن الحكم عنده يتعلق بالحلال منهما، والمشار إليه حلال وإذا تزوجها على هذا الدن من الخمر، فإذا هو خل فلها ذلك عند أبي حنيفة؛ لأن الحكم يتعلق بالمشار إليه، وكذا عند أبي يوسف؛ لأنه يتعلق بالحلال منهما.

وقال محمد: لها مهر المثل.

قوله: (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً ثُمَّ تَرَاضَيَا عَلَى تَسْمِيَةِ مَهْرٍ فَهُوَ لَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا) وكذا إذا فرضه الحاكم بعد العقد قام مقام فرضها، فإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة.

وقال أبو يوسف: لها نصف الفريضة.

قوله: (وَإِنْ زَادَهَا فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ) يعني إذا قبلت المرأة بالزيادة.

وقال زفر: هي هبة مبتدأة إن قبضتها صحت، وإن لم تقبضها لم تصح.

لنا: قوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ﴾[1]، وقد

(1) سورة النساء:24.

تراضيا بالزيادة، وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول.

وقال أبو يوسف: تتنصف مع الأصل.

قوله: (وَإِنْ حَطَّتْ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الْحَطُّ)؛ لأن المهر حقها، والحط يلاقي حقها، وكذا إذا وهبت مهرها لزوجها صحت الهبة، وليس لأوليائها أب ولا غيره الاعتراض عليها؛ لأنها وهبت ملكها بخلاف ما إذا زوجت نفسها، وقصرت عن مهرها، فإن لهم الاعتراض عند أبي حنيفة؛ لأن الأمهار من حقهم. وقد تصرفت في خالص حقهم؛ لأنها تلحق بهم الشين بذلك، ويجوز للمولى أن يهب صداق أمته ومدبرته وأم ولده؛ لأنه ملكه، وليس له أن يهب مهر مكاتبته، ولا يبرأ الزوج منه بدفعه إليه.

قوله: (وَإِذَا خَلاَ الزَّوْجُ بِامْرَأَتِهِ وَلَيْسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِنَ الْوَطْءِ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ) وهذا إذا كانت الخلوة صحيحة. أما إذا كانت فاسدة، فإنها توجب العدة، ولا توجب كمال المهر، إنما وجبت العدة؛ لأنهما متهمان في الوطء، والعدة تجب للاحتياط.

والخلوة الصحيحة: أن تسلم نفسها، وليس هناك مانع لا من جهة الطبع ولا من جهة الشرع.

والفاسدة[1]: أن يكون هناك مانع، إما طبعاً، وإما شرعاً، فالطبع أن يكونا مريضين، أو أحدهما مرضاً لا يمكن معه الجماع، أو بها رتق، أو معهما ثالث، والذي من جهة الشرع أن يكونا محرمين، أو أحدهما إحرام فرض، أو تطوع، أو صائمين، أو أحدهما: صوم فرض، وأما صوم التطوع: فهو غير مانع، أو كانت حائضاً أو نفساء.

واختلفت الرواية في صوم غير رمضان؟

فقال في الرواية الصحيحة: إن صوم التطوع، وقضاء رمضان، والكفارات، والنذور لا تمنع الخلوة؛ لأن الضرر فيها بالفطر يسير؛ لأنه لا يلزمه إلا القضاء لا غير وليس كذلك رمضان، فإنه يجب به الكفارة، ولهذا سووا بين حج الفرض والنفل؛ لأن الكفارة تجب فيهما جميعاً.

وفي رواية أخرى: أن نفل الصوم كفرضه.

قوله: (فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَرِيضاً أَوْ صَائِماً فِي شَهْرِ رَمَضَانَ أَوْ مُحْرِماً بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ أَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ حَائِضاً فَلَيْسَتْ بِخَلْوَةٍ صَحِيحَةٍ) حتى لو اختلفا في عدم الدخول كان القول قوله.

(1) يعني الخلوة الفاسدة.

والمراد من المرض: ما يمنع الجماع، أو يلحقه به ضرر سواء كان المرض بالرجل، أو بالمرأة والصلاة كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله.

وقيل: سنة الفجر والأربع قبل الظهر تمنع صحة الخلوة كذا في الوجيز.

وقوله: «أو محرما بحج»: سواء كان الحج فرضاً أو نفلاً، وكذا إذا كان محرماً بعمرة لما يلزمه من القضاء والكفارة، أي من الدم وفساد النسك والقضاء، وإن خلا بها وليس هناك مانع من الوطء، إلا أنه لا يعرفها ولبثت معه ساعة، ثم خرجت، أو هو دخل عليها، ولم يعرفها لا تكون هذه خلوة ما لم يعرفها كذا في الواقعات. ولو خلا بها وهناك إنسان يعقل حالهما لم تصح الخلوة.

وأما النائم فيؤثر لجواز أن يظهر النوم، وهو منتبه، فلا تصح الخلوة معه.

وقيل: إن كان بالنهار لا تصح الخلوة، وإن كان بالليل صحت، وإن كان معهما أعمى، أو عمياء إن كانا يقفان على حالهما لم تصح الخلوة، وإن لم يقفا صحت، وإن كان أصم إن كان بالنهار لا تصح، وإن كان ليلاً صحت، وإن كان معهما جارية الرجل، قال أبو يوسف: لا تصح. وقال محمد: تصح. وإن كان معها جارية المرأة اختلفوا فيه؟ والفتوى: على أنها تصح، وإن خلا بها ومعها كلب أحدهما.

قال الحلواني: إن كان لهما لم تصح الخلوة؛ لأنه إذا رآها ساقطة تحت رجل يصيح، وإن كان للرجل صحت. وإن خلا بها في مسجد، أو طريق، أو صحراء فليس بخلوة، وإن خلا بها في الحمام إن كان نهاراً لا تصح، وإن كان ليلاً صحت، وإن خلا بها على سطح لا حجاب عليه، فليست بخلوة، وإن كان ليلاً صحت، وإن خلا بها في محمل عليه ستر مضروب ليلاً أو نهاراً، إن أمكن الوطء صحت، وإلا فلا، وإن خلا بها ولم تمكنه من نفسها، قال بعضهم: لا تصح، وقال بعضهم: إن أمكنه وطؤها صحت.

قال في الفتاوى: كل موضع فسدت فيه الخلوة مع القدرة عن الجماع حقيقة، فطلقها كان عليها العدة، وإن كان عاجزاً عن الجماع لا تجب العدة. دلت هذه المسألة على أن خلوة المريض لا توجب العدة إذا كان عاجزاً عن الجماع، وكذا خلوة الصغير؛ لأنهما لا يتهمان، وكذا إذا كانت هي مريضة مدنفة لا تجامع، أو صغيرة لا تجامع.

ثم إن أصحابنا أقاموا الخلوة مقام الوطء في بعض المواضع دون بعض من ذلك:

1 - تأكيد المهر المسمى.

2- وتأكيد مهر المثل.

3- ووجوب العدة.

4- وحرمة نكاح أختها وأربع سواها.

5- وثبوت النسب.

6- والنفقة.

7- والسكنى في هذه العدة.

8- وحرمة نكاح الأمة على الحرة على قياس قول أبي حنيفة، ولم يقيموها مقام الوطء في حق الإحصان وحرمة البنات وحلها للأول يعني المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت بزوج آخر وخلا بها ولم يطأها لم تحل للأول. وكذا لم يقيموا الخلوة مقام الوطء في حق الرجعة والميراث.

وأما وقوع طلاق آخر فقد قيل: لا يقع، وقيل: يقع، وهو الأقرب إلى الصواب.

وفي البزدوي: إذا طلقها بعد الخلوة، فإنه كالطلاق قبل الدخول في حكم البينونة.

وفي الكرخي: توجب الخلوة الصحيحة العدة في النكاح الصحيح دون الفاسد؛ لأن النكاح الفاسد لا يوجب التسليم، ولا يبيح الوطء.

قوله: (وَإِذَا خَلاَ الْمَجْبُوبُ بِامْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وعندهما لها نصفه، وعليها العدة إجماعاً احتياطاً.

والمجبوب: هو الذي استؤصل ذكره وخصيتاه، أي قطعوا.

وأما العنين: إذا خلا بامرأته من غير الموانع التي ذكرناها، ثم طلقها وجب لها كمال المهر إجماعاً، وكذا الخصي أيضاً.

ولو خلا بالرتقاء فلها نصف المهر ولا عدة عليها؛ لأن الرتق يمنع صحة الخلوة، وإنما لم تجب عليها العدة؛ لأن وطأها متعذر، والعدة إنما تجب للاحتياط.

قوله: (وَتُسْتَحَبُّ الْمُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إِلاَّ مُطَلَّقَةً وَاحِدَةً: وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْراً) فالمتعة لها واجبة إلا إذا جاءت الفرقة من قبلها. وهذا الكلام يدخل فيه المطلقة قبل الدخول، وقد سمى لها مهراً، فإنه يستحب لها المتعة على قود هذا الكلام، وليس كذلك، فإنه لا يستحب لها ذلك.

وقال الإمام بدر الدين: المطلقات أربع مطلقة قبل الدخول، ولم يسم لها مهراً، فهذه تجب لها المتعة ومطلقة بعد الدخول، وقد سمى لها مهراً، فهذه المتعة لها مستحبة، ومطلقة بعد الدخول، ولم يسم لها مهراً، فهذه أيضاً المتعة لها مستحبة، ومطلقة قبل الدخول، وقد سمى لها مهراً، فهذه لا تجب لها متعة ولا تستحب.

قال الكرخي: المتعة الواجبة على قدر حال المرأة، والمستحبة على قدر حال الرجل.

وقال أبو بكر الرازي: المتعة على قدر حال الرجل، ومهر المرأة على قدرها والنفقة على قدر حالهما، وهو الصحيح.

قوله: (**وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ أَوْ أُخْتَهُ فَيَكُونُ أَحَدُ الْعَقْدَيْنِ عِوَضاً عَنِ الآخَرِ فَالْعَقْدَانِ جَائِزَانِ وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا مَهْرُ مِثْلِهَا**) وقال الشافعي: لا يصح هذا النكاح؛ لأنه عنده نكاح الشغار.

وعندنا: ليس هذا بنكاح الشغار، وقد ذكرناه من قبل.

قوله: (**وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا**)؛ لأن خدمة الحر نماء منه كولده، ولأن ما لا يصح أن يكون مهراً لم تكن منافعه مهراً. وإذا لم تكن منافعه مهراً كان لها مهر مثلها عندهما.

وقال محمد: لها قيمة خدمته سنة.

وأما تعليم القرآن؛ فلأنه ذكر واجب، فتعليمه لا يصح أن يكون مهراً، ولا يجوز أن يكون المهر إلا مالاً؛ لأن المشروع: إنما هو الابتغاء بالمال، قال الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ (1)، والتعليم ليس بمال.

وأما خدمة العبد فهي مال لتضمنه تسليم رقبته.

قوله: (**وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ حُرَّةً بِإِذْنِ مَوْلاَهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ**) ولها خدمته سنة؛ لأن منافع العبد وإن لم تكن مالاً، فيجب بتسليمها ما هو مال، ولأن منافعه نماء منه كولده.

قوله: (**وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَجْنُونَةِ أَبُوهَا وَابْنُهَا فَالْوَلِيُّ فِي نِكَاحِهَا ابْنُهَا عِنْدَهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَبُوهَا**) وعلى هذا الخلاف الجد والابن وكذلك ابن الابن وإن سفل حكمه حكم الابن.

قال محمد: إذا زوجها ابنها، ثم عقلت فلها الخيار وإن زوجها أبوها، أو جدها، فلا خيار لها، وينبغي عند أبي حنيفة أنه إذا زوجها ابنها، وعقلت أن لا خيار لها؛ لأن الابن مقدم على الأب عنده، وإن زوجها غير الابن والأب والجد، فلها الخيار.

{مطلب في نكاح الرقيق}

قوله: (**وَلاَ يَجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالأَمَةِ إِلاَّ بِإِذْنِ مَوْلاَهُمَا**) وقال مالك: يجوز للعبد؛ لأنه يملك الطلاق، فملك النكاح.

---

(1) سورة النساء: 24.

ولـــنا قوله عليه السلام: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»[1] أي زان، وكذا المكاتب والمدبر والمأذون، لا يجوز لهم التزويج إلا بإذن المولى.

أما المدبر؛ فلأنه باق على ملكه، وأما المكاتب؛ فلأن فك الحجر عنه، إنما هو في حـــق الكسب، وذلك لا يتناول النكاح، حتى أن المكاتب لا يملك تزويج عبده ويملك تزويج أمته؛ لأنه من باب الاكتساب، وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها، وتملك تزويج أمتها، وكذا المأذون لا يزوج نفسه؛ لأنه إنما أذن له في التجارة والنكاح ليس منها.

وأما المعتق بعضه، فهو كالمكاتب عند أبي حنيفة، فهو لا يملك النكاح.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو بمنـــزلة حر مديون، فيجوز نكاحه.

وكذا المدبرة وأم الولد لا يملكان تزويج أنفسهما، فإن تزوج أحد من هؤلاء بغير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجازه جاز، وإن رده بطل.

ويجـــوز للمولى إجبار العبد والأمة على النكاح، وعند الشافعي لا إجبار في العبد، وهي رواية عن أبي حنيفة.

وإذا زوج أمته من عبده جاز، وإن كان بكره منهما، ولا يجب المهر، فإن أعتقهما جميعاً، فالعبد لا خيار له وللأمة الخيار. وأما المكاتب والمكاتبة فليس للمولى أن يكرهها على النكاح، ولا يجوز العقد إلا برضاهما، ولو أن المكاتبة زوجت نفسها بغير إذن المولى توقـــف على إجازته، فإذا أعتقها نفذ العقد بالعتاق ولا خيار فيه، وكذا إذا أدت فعتقت، وإن عجزت إن كان بعضها يحل له يبطل العقد، وإن كان لا يحل له كما إذا كانت أخته مـــن الرضـــاعة توقف على إجازته، وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها، ثم أعتقها صح الـــنكاح؛ لأنها من أهل العبارة والامتناع كان لحق المولى، وقد زال ولا خيار لها، وكذا العبد إذا تزوج بغير إذن مولاه، ثم عتق صح نكاحه لما ذكرنا وإذا أذن لعبده أن يتزوج لم يجز له أن يتزوج بذلك الإذن إلا مرة واحدة؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار بإطلاقه، فإذا أذن لـــه أن يتـــزوج، فهو على النكاح الصحيح، والفاسد عند أبي حنيفة، وعندهما على الصـــحيح لا غـــير، حـــتى لو تزوج نكاحاً فاسداً، فله أن يتزوج تزويجاً صحيحاً بعده

(1) أخـــرجه الترمذي في سننه في كتاب النكاح عن رسول الله (باب: ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سـيده) بلفظ: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر»، وأخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح (باب: ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده) بلفظ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر»، وأخرجه الدارمي في سننه في كتاب النكاح (باب: في العبد يتزوج بغير إذن سيده) بلفظ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه أو أهله فهو عاهر».

عندهما، وعنده لا يجوز لانتهاء الأمر.

وفائدته أيضاً: إذا دخل بالمنكوحة على الفساد بأن تزوجها بغير شهود، أو معتدة، فالمهر عليه يؤخذ به في الحال، ويباع فيه عنده.

وقال أبو يوسف ومحمد: يؤخذ به بعد العتاق، وعلى هذا إذا حلف لا يتزوج لا يحنث بالفاسد عندهما، وعنده: يحنث بالفاسد، وقيل: ينصرف اليمين إلى الجائز إجماعاً؛ لأن الأيمان مبنية على العرف، ولا عرف في الفاسد.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ) أما المدبر والمكاتب: فيسعون في المهر لتعذر استيفائه من الرقبة، وما لزمهم من ذلك بغير إذن المولى أتبعوا به بعد العتق.

قوله: (وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ وَلَكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا وَطِئْتَهَا)؛ لأن حق المولى في الاستخدام باق.

وصورة التبوئة: أن يخلي بينه وبينها في منزل الزوج ولا يستخدمها، فإن فعل ذلك، فعلى الزوج النفقة، وإن لم يفعل فلا نفقة لها. وإذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها، فله ذلك، وتسقط النفقة، فإن عاد فبوأها عادت النفقة. وقد قالوا: أنه إذا بوأها، فكانت تخدم المولى أحياناً من غير أن يستخدمها لم تسقط نفقتها، وكذا المدبرة وأم الولد حكمها حكم الأمة. وأما المكاتبة إذا تزوجها بإذن المولى، فلها النفقة سواء بوأها المولى معه أو لا؛ لأنها في يد نفسها لا حق للمولى في استخدامها.

ولو طلق زوجته الأمة طلاقاً بائناً، وقد كان المولى بوأها معه، ثم أخرجها المولى تخدمه سقطت نفقتها. ولو أراد المولى أن يعيدها إلى الزوج، ويأخذ النفقة فله ذلك. ولو لم تكن في تبوئة الزوج يوم طلق، فأراد المولى أن يبوأها في العدة، لتجب لها النفقة لم تجب، وفي قول زفر: تجب. وكذا المرأة إذا ارتدت، ووقعت الفرقة بالردة، فلا نفقة لها، ثم إذا أسلمت لا تعود النفقة، ثم الأمة إذا زوجها مولاها وجاءت بأولاد من الزوج، فلا نفقة لهم على الزوج؛ لأنهم ملك المولى، فنفقتهم على مالكهم لا على أبيهم.

ولو تزوج العبد حرة، فجاءت بأولاد من الزوج فنفقتهم عليها إن كان لها مال، وإن لم يكن لها مال، فعلى من يرث الولد من القرابة، ولو تزوج العبد مكاتبة فأولادها مكاتبون كالأم ونفقتهم عليها، وأم الولد والمدبرة نفقة أولادهما على مولاهما.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنَ الْبَلَدِ أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَإِنْ وَفَّى بِالشَّرْطِ فَلَهَا الْمُسَمَّى وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ أَخْرَجَهَا فَلَهَا مَهْرُ

مِثْلِهَا) معناه سمى لها مهراً أقل من مهر المثل، فإن لم يف لها إن كان ما سمى لها مهر مثلها، أو أكثر فلا شيء لها غيره، وإن كان الذي سمى لها أقل كمل لها مهر مثلها، وإن طلقها قبل الدخول، فلها نصف الألف، وإن تزوجها على ألف، أو ألفين، فعند أبي حنيفة: يجب لها مهر المثل لا يجاوز به ألفين، ولا ينقص به من ألف، وإن طلقها قبل الدخول، فلها نصف الأقل، وكذا إذا تزوجها على هذا العبد الحبشي، أو على هذا العبد التركي يجب لها مهر المثل لا يجاوز به عن قيمة التركي، ولا ينقص عن قيمة الحبشي.

وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمه الأقل في الأحوال كلها، ولو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف الأقل إجماعاً، وإن تزوجها على ألف إن لم يكن له امرأة، أو على ألفين إن كان له امرأة، فالشرط الأول: جائز، والثاني: فاسد عند أبي حنيفة، فإن لم يكن له امرأة، فلها الألف وإن كانت له امرأة، فلها مهر مثلها لا يزاد على ألفين، ولا ينقص عن ألف، ولكن مع هذا لو طلقها قبل الدخول، فلها نصف الأقل، وعندهما: الشرطان جميعاً جائزان، فأيهما وجد فلها ذلك.

قوله: (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَلَهَا الْوَسَطُ مِنْهُ) يعني سمى جنس الحيوان دون وصفه بأن تزوجها على حمار، أو فرس، أو بقرة. أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوجها على دابة لا تصح التسمية، ولها مهر المثل.

قوله: (وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ أَعْطَاهَا الْحَيَوَانَ وَإِنْ شَاءَ قِيمَتَهُ)؛ لأن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً بدلالة أن مستهلكه لا يلزمه مثله، وإنما يلزمه قيمته، ثم الوسط من العبيد قيمته أربعون ديناراً إذا لم يسم أبيض، فإن سمى أبيض، فقيمته خمسون ديناراً، ثم الجيد عند أبي حنيفة الرومي، والوسط السندي، والرديء الهندي، وعندهما الجيد: التركي، والوسط: الصيقلاني، والرديء الهندي. ثم عند أبي حنيفة الجيد: قيمته خمسون، والوسط: أربعون، والرديء ثلاثون. وأما عندهما: فالمعتبر على قدر الغلاء، والرخص في البلدان.

قال في المصفى: وقولهما هو الصحيح.

قوله: (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا)؛ لأن الثوب مجهول الصفة، فلم تصح التسمية، فرجع إلى مهر المثل، وهذا إذا ذكر الثوب، ولم يزد عليه؛ لأن الثياب أجناس كثيرة. أما إذا سمى جنساً بأن قال: هروياً، أو مروياً، أو ذاشرياً، صحت التسمية، ويخير الزوج بين إعطائه، أو إعطاء قيمته، وتجب القيمة يوم العقد في الظاهر، وفي رواية: يوم التسليم.

{مطلب في نكاح المتعة والموقت والفضولي}

قوله: (وَنِكَاحُ الْمُتْعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ بَاطِلٌ) وصورة نكاح المتعة: أن يقول لامرأة خذي هذه العشرة لأتمتع بك، أو متعيني بنفسك أياماً، وهو باطل بالإجماع.

وصورة المؤقت: أن يتزوجها بشهادة شاهدين عشرة أيام أو شهراً.

وقال زفر: هو صحيح؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة.

والفرق بينهما: أنه ذكر لفظ التزويج في المؤقت، ولم يذكره في المتعة، ثم عند زفر: إذا جاز النكاح المؤقت، فالشرط باطل، ويكون مؤبداً؛ لأن مقتضى النكاح التأبيد، وإن قال: تزوجتك على أن أطلقك إلى عشرة أيام، فالنكاح جائز؛ لأنه أبد العقد، وشرط قطع التأبيد بذكر الطلاق والنكاح المؤبد لا يبطله الشروط، فجاز النكاح وبطل الشرط.

قوله: (وَتَزْوِيجُ الْعَبْدِ وَالأَمَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاَهُمَا مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَوْلَى جَازَ وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ) ليس هذا بتكرار لقوله: «ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما»؛ لأن المراد من الأول بأن باشرا العقد بأنفسهما، وهنا زوجهما الفضولي، فلا يكون تكراراً. وقد قالوا: فيمن تزوج أمة الغير بغير إذن المولى، فلم يجز المولى حتى مات، فإن كان وارثه ممن يحل له وطؤها بطل النكاح الموقوف؛ لأن كل استباحة صحيحة طرأت على استباحة موقوفة، فإنها تبطلها، وإن ورث الأمة من لا يحل له وطؤها مثل أن يرثها جماعة، أو يرثها ابنه، وقد كان الميت وطئها، فللوارث الإجازة خلافاً لزفر، فإنه لم تطرأ استباحة صحيحة على موقوفة، فبقي الموقوف بحاله، وكذا إذا لم يمت ولكن باعها قبل الإجازة، فالحكم في إجازة المشتري كذلك. يعني إذا اشتراها رجل بينه وبينهما محرمية من رضاع، أو صهورية، فأجاز نكاحها جاز عندنا.

وقال زفر: لا يجوز، وكذا لو اشتراها امرأة، فأجازت النكاح، فإنه يجوز عندنا.

وقال زفر: لا يجوز، وأما العبد إذا تزوج بغير إذن المولى، ثم مات المولى، أو باعه، فإن للوارث والمشتري الإجازة؛ لأن العبد لا يستباح بالملك، ولم يطرأ على الاستباحة الموقوفة ما يناقضها.

قوله: (وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَةً بِغَيْرِ رِضَاهَا أَوْ رَجُلاً بَغَيْرِ رِضَاهُ) والأصل: أن العقد عندنا يتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز حالة العقد، وإن لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف. وشرط العقد يتوقف على القبول في المجلس، ولا يتوقف على ما وراء المجلس، فإذا ثبت هذا فنقول: إذا قال: اشهدوا أني قد زوجت نفسي من فلانة، وهي غائبة، فبلغها فأجازت، أو قالت هي: اشهدوا أني قد زوجت نفسي من فلان، فبلغه

فأجاز، فإنه لا يجوز عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز بالإجازة، وأجمعوا أنه لو قبل عن الغائب قابل، فإنه يتوقف على الإجازة.

قال في المصفى: رجل وكل رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه الوكيل ابنته، إن كانت صغيرة لم يجز إجماعاً، وإن كانت بالغة جاز عندهما.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وعلى هذا إذا زوجه بمن لا تقبل شهادته لها بولاد كالبنت والأم وبنت الابن.

وأما الأخت وبنت الأخت، فيجوز اتفاقاً.

ولو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه امرأتين في عقد واحد لم يلزمه واحدة منهما؛ لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة، ولا إلى التنفيذ في إحداهما لعدم الأولوية.

وعن أبي يوسف: يلزمه واحدة، وتتعين ببيان الزوج، والصحيح الأول.

{مطلب في الوكالة بالنكاح}

قوله: (وَيَجُوزُ لابْنِ الْعَمِّ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَةَ عَمِّهِ مِنْ نَفْسِهِ) وقال زفر: لا يجوز، وهذا إذا كانت صغيرة. أما إذا كانت كبيرة، فلا بد من الاستئذان، حتى لو تزوجها من غير استئذان، فسكتت، أو ضحكت، أو أفصحت بالرضا لا يجوز عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز، وكذا المولى المعتق، والحاكم، والسلطان.

قوله: (وَإِذَا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ صَحَّ ضَمَانُهُ وَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ فِي مُطَالَبَةِ زَوْجِهَا أَوْ وَلِيِّهَا) اعتباراً بسائر الكفالات، ويرجع الوالي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره.

قوله: (وَإِذَا فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلاَ مَهْرَ لَهَا)؛ لأن المهر لا يجب فيه بمجرد العقد، وإنما يجب باستيفاء منافعه.

قوله: (وَكَذَلِكَ بَعْدَ الْخَلْوَةِ) يعني أن المهر لا يجب فيه بالخلوة، وكذا لو لمسها، أو قبلها، أو جامعها في الدبر؛ لأن الخلوة غير صحيحة كالخلوة بالحائض. وهو معنى قول المشايخ: الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح.

قوله: (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا لاَ يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى) هذا إذا كان ثمة مسمى. أما إذا لم يكن وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، ويعتبر الجماع في القبل، حتى يصير مستوفياً للمعقود عليه كذا في النهاية.

قوله: (وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ)؛ لأنه وطء أوجب كمال المهر، ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق، أو عند عزم الواطئ على ترك وطئها لا من آخر الوطآت هو الصحيح.

وقـــال زفر: هو من آخر وطأة وطئها، فإن كانت حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطأة قبل التفريق، فقد انقضت عدتها عنده.

وأصـــحابنا يقولون: إن التفريق في العقد الفاسد مثل الطلاق في النكاح الصحيح، فإذا حل التفريق محل الطلاق اعتبرت العدة منه.

قـــوله: (وَيَثْـــبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا)؛ لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد. ويعتبر ابتداء مدة الحمل من وقت العقد عندهما.

وقال محمد: من وقت الدخول، وهو الصحيح، وعليه الفتوى.

قـــوله: (وَمَهْـــرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا وَلاَ يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَلاَ خَالَـــتِهَا إِذَا لَـــمْ تَكُنْ مِنْ قَبِيلَتِهَا)؛ لأن المرأة تنسب إلى قبيلة أبيها، وتشرف بهم، فإن كانت الأم من قبيلة أبيها بأن كانت بنت عم أبيها، فحينئذ يعتبر بمهرها.

وســـئل أبو القاسم الصفار: عن امرأة زوجت نفسها بغير مهر، وليس لها مثال في قبيلة أبوها في المال والجمال، فقال: ينظر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها، فيقضى لها بمثل مهر مثلها من نساء تلك القبيلة.

قـــوله: (وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ الْمِثْلِ أَنْ يَتَسَاوَى الْمَرْأَتَانِ فِي السِّنِّ وَالْجَمَالِ وَالْمَالِ وَالْعَقْلِ وَالدِّينِ وَالنَّسَبِ وَالْبَلَدِ وَالْعَصْرِ وَالْعِفَّةِ) والبكارة، والثيوبة.

وللمرأة أن تمنع نفسها، حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يسافر بها، حتى يتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منـــزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله يعني المعجل؛ لأنه ليس له حق الحبس للاستيفاء قبل الإيفاء، وإن كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها؛ لأنها أسقطت حقها بالتأجيل كما في البيع، فإن البائع إذا أجل الثمن ليس له حبس المبيع.

وحاصله: أن المهر إذا كان حالاً، فلها أن تمنع نفسها، حتى تستوفيه كله.

ولـــو بقـــي منه درهم واحد بالإجماع، فإن مكنته من نفسها قبل ذلك برضاها، وأرادت بعـــد ذلـــك أن تمنع لأجل المهر، فلها ذلك عند أبي حنيفة. وعندهما: ليس لها ذلك.

والخـــلاف: فيما إذا دخل بها برضاها. أما إذا كانت مكرهة، أو صبية، أو مجنونة، فلها أن تمتنع بالاتفاق.

وأما إذا كان المهر مؤجلاً، فليس لها أن تمتنع عندهما، وكذا إذا حل الأجل ليس لها أن تمتنع؛ لأن العقد لم يوجب لها الحبس، فلا يثبت لها بعد ذلك.

وقـــال أبو يوسف: إذا كان المهر مؤجلاً، فلها أن تمتنع إذا لم يكن دخل بها، وإن كان بعضه حالاً، وبعضه مؤجلاً، فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحال.

فروع: رجل بعث إلى امرأته بشيء، فقالت: هو هدية، وقال: هو من المهر، فالقول قوله: إلا أن يكون مأكولاً، فإن القول فيه: قولها، يعني ما يكون منه مهيأ للأكل مثل الخبز والرطب والبطيخ واللبن والحلوى والشوي، وما لا يبقى ويفسد.

وأما الحنطة والشعير والدقيق والشاة الحية، فالقول قوله: وقيل: ما كان يجب عليه من الخمار والكسوة، ليس له أن يحسبه من المهر.

قيل لأبي القاسم الصفار: فما تقول في الخف؟

قال: ليس على الزوج أن يهيئ لها أمر الخروج.

وهنا مسألة عجيبة، وهي أنه لا يجب على الزوج خفها، ويجب عليه خف أمتها؛ لأنهـــا منهية عن الخروج دون أمتها رجل تزوج امرأة على عبد بعينه نكاحاً فاسداً ودفعه إليها، فأعتقه قبل الدخول فالعتق باطل، وإن أعتقته بعد الدخول فالعتق جائز.

ولـــو تزوجها على جارية حبلى على أن ما يكون في بطنها له، فإن الجارية وما في بطنها لها؛ لأن ما في بطنها كعضو من أعضائها.

ولـــو كان له على امرأة ألف درهم حالة، فتزوجها على أن يؤجلها عليها كان له مهر مثلها، والتأجيل باطل.

ولـــو تزوجها على ألف على أن ترد عليه ألفاً جاز النكاح، ولها مهر مثلها كما لو تـــزوجها على أن لا مهر لها، ولو تزوجها على ألف على أن لا ينفق عليها كان له الألف والنفقة، ولو تزوجها على أن يهب لأبيها ألف درهم كان لها مهر مثلها سواء وهب لأبيها ألفاً، أو لا فإن وهب له كان له أن يرجع في الهبة، وإن قال لها: تزوجتك على دراهم كان لها مهر المثل، ولا يشبه هذا الخلع. كل هذه المسائل من الفتاوى الكبرى.

قـــوله: (وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الأَمَةِ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً) وقال الشافعي: لا يجوز تزويج الأمة الكتابية، ويجوز أن يطأها بملك اليمين، ويجوز أن يتزوج أمة، وإن قدر على نكاح حرة عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز إذا قدر على نكاح حرة.

قـــوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةً عَلَى حُرَّةٍ) وكذا لا يجوز نكاح الأمة، والحرة تعتد منه في قول أبي حنيفة؛ لأن الحرة في حبسه ما دامت في العدة.

وقـــال أبـــو يوسف ومحمد: يجوز إذا كانت معتدة من طلاق بائن، ويجوز نكاح

الأمة على المكاتبة، ويجوز تزويج الذمية على المسلمة.

قوله: (وَيَجُوزُ تَزْوِيجِ الْحُرَّةِ عَلَى الأَمَةِ) لقوله: عليه السلام: «لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة»[1].

قوله: (وَلِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعاً مِنَ الْحَرَائِرِ وَالإِمَاءِ وَلَيْس لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ) ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين.

وقال مالك: يجوز؛ لأنه عنده في النكاح بمنـــزلة الحر.

قال الخجندي: للعبد أن يتزوج امرأتين، ويجمع بينهما حرتين كانتا أو أمتين.

قـــوله: (فَـــإِنْ طَلَّقَ الْحُرُّ إِحْدَى الأَرْبَعِ طَلاَقاً بَائِناً لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَابِعَةً غَيْرَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا) بخلاف ما إذا ماتت، فإنه يجوز أن يتزوج رابعة.

قـــال في المنتقى: رجل له أربع نسوة فقدت إحداهن لم يكن له أن يتزوج مكانها أخـــرى، حتى يأتيه خبر موتها، أو تبلغ من السن ما لا يعيش مثلها إلى ذلك الزمان، وإن طلـــق المفقودة لم يكن له أن يتزوج حتى يعلم أن عدتها، قد انقضت ولا يعلم ذلك إلا بقولها: أو تبلغ حد الإياس، فيتربص ثلاثة أشهر، ثم يتزوج.

قوله: (وَإِنْ زَوَّجَ الأَمَةَ مَوْلاَهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ فَلَهَا الْخِيَارُ حُرّاً كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْداً) وخـــيارها في المجلس الذي تعلم فيه بالعتق، وتعلم بأن لها الخيار، فإن علمت بالعتق، ولم تعلم بالخيار، ثم علمت بالخيار في مجلس آخر، فلها الخيار في ذلك المجلس. وهو فرقة بغير طلاق، ويبطل خيارها بالقيام عن المجلس كخيار المخيرة.

قوله: (وَكَذَا الْمُكَاتَبَةُ) يعني إذا تزوجها بإذن مولاها، ثم أعتقت فلها الخيار.

وقال زفر: لا خيار لها؛ لأن العقد نفذ عليها برضاها، ولهذا كان المهر لها.

قـــوله: (فَإِنْ تَزَوَّجَتِ الأَمَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاَهَا ثُمَّ أُعْتِقَتْ صَحَّ النِّكَاحُ وَلاَ خِيَارَ لَهَا)، وكذا العبد وإنما خص الأمة بناء على ثبوت الخيار.

قـــال الخجندي: والمهر يكون للسيد إذا جاز النكاح أعتقها، أو لم يعتقها وسواء حصـــل الدخول قبل العتاق، أو بعده وإن لم يجز، حتى أعتقها جاز العقد، فإن دخل قبل العتق، فالمهر للسيد، وإن كان الدخول بعد العتق فالمهر لها.

قـــوله: (وَمَـــنْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ إِحْدَاهُمَا لاَ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ

---

(1) أخـــرجه الإمـــام مالك في الموطأ في كتاب النكاح (باب: نكاح الأمة على الحرة): وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول: «لا تنكح الأمة على الحرة إلا أن تشاء الحرة فإن طاعت الحرة فلها الثلثان من القسم».

نِكَــاحُ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ وَبَطَلَ نِكَاحُ الأُخْرَى) ويكون المهر كله للتي صح نكاحها عند أبي حنيفة.

وقــال أبو يوسف ومحمد: يقسم المسمى على قدر مهر مثليهما، فما أصاب التي صــح نكاحها لزم، وما أصاب الأخرى بطل وسواء سمى لكل واحدة مهراً، أو جمعهما وقوله: «وبطل نكاح الأخرى»: ولو دخل بها فلها تمام مهر مثلها بالغاً ما بلغ على قياس قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: لها مهر مثلها لا يجاوز به حصتها من المسمى.

قــوله: (وَإِذَا كَانَ بِالْمَرْأَةِ عَيْبٌ فَلاَ خِيَارَ لِزَوْجِهَا) عندنا وعند الشافعي: يثبت الخيار بالعيوب الخمسة:

1 - الجنون.

2- والجذام.

3- والبرص.

4- والرتق.

5- والقرن.

وإذا تــزوج امــرأة بشرط أنها بكر شابة جميلة، فوجدها ثيباً عجوزاً عمياء بخراء شــوهاء ذات قــروح لها شق مائل، وعقل زائل، ولعاب سائل، فإنه لا خيار له كذا في المبسوط.

وفي الفــتاوى: إذا وكله أن يزوجه امرأة فزوجه عمياء، أو شوهاء لها لعاب سائل وشق مائل، وعقل زائل جاز عند أبي حنيفة.

وقــال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، وكذا إذا وكلت المرأة رجلاً أن يزوجها من رجــل، فزوجها من خصي، أو عنين، أو مجبوب جاز عنده خلافاً لهما غير أنها تؤجل في الخصي والعنين سنة، وتخير في المجبوب للحال.

ولــو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه امرأة لا تكافئه جاز عند أبي حنيفة، وكذا إذا زوجــه صغيرة لا تجامع جاز، وإن وكله أن يزوجه أمة فزوجه حرة لم يجز، فإن زوجه مدبــرة، أو مكاتبة، أو أم ولد جاز، فإن زوجه الوكيل بنته لم يجز عند أبي حنيفة صغيرة كانت، أو كبيرة، وعندهما: إذا كانت كبيرة يجوز.

قــوله: (وَإِذَا كَــانَ بِالزَّوْجِ جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَلاَ خِيَارَ لِلْمَرْأَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) وقال محمد: لها الخيار دفعاً للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه؛ لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق، ولأنها يلحقها الضرر بالمقام مع الجنون أكثر

مما يلحقها بالمقام مع العنين، فإذا ثبت لها الخيار مع العنين، فهذا أولى. ولهما أن في الخيار إبطـــال حق الزوج، وإنما ثبت في الجب والعنة؛ لأنهما يخلان بالوطء، وهذه العيوب غير مخلة به، ولأن المستحق على الزوج تصحيح مهرها بوطئه إياها، وهذا موجود.

قـــوله: (فَـــإِنْ كَانَ عَنِيناً أَجَّلَهُ الْحَاكِمُ حَوْلاً كَامِلاً، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلاَّ فَرَّقَ الْحَـــاكِمُ بَيْنَهُمَا إِنْ طَلَبَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ) هذا إذا لم تكن رتقاء. أما إذا كانت رتقاء، فلا خيار لها.

وحكم الخنثى المشكل حكم العنين، يعني إذا وجدت زوجها خنثى.

والعنين: من له صورة آلة، وليس له معناها، وهو الجماع.

وقوله: «حولاً»: أي سنة شمسية.

وفي الهداية: قمرية، وهو الصحيح.

فالشمسية: ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً، والقمرية: ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً.

وأول السنة، قيل: من حين يترافعان ولا يحسب عليه ما قبل الترافع، ويحسب عليه أيام الحيض، وشهر رمضان، ولا يحسب عليه مرضه، ولا مرضها؛ لأن السنة قد تخلو عنه بخلاف الأول. ثم إذا أجله سنة، وترافعا بعد ذلك إلى القاضي، وادعت أنه لم يصل إليها، وقال: هو قد وطئتها نظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر، فالقول قولها، وخيرت ويجزئ فيه شهادة الواحدة العدلة، والاثنتان أحوط وأوثق، ولا عين عليها؛ لأن شهادتهن تقوت بالأصل، وهي البكارة. وإن قلن: هي ثيب، فالقول: قوله مع يمينه، فإن نكل عن اليمين، خيرت لتأيدها بالنكول، وإن حلف لا تخير، فإن كانت ثيباً في الأصل، فالقول: قوله مع يميـــنه، وإن شك النساء في أمرها، فإنها تؤمر حتى تبول على الجدار، فإن رمت به عليه، فهي بكر، وإلا فهي ثيب.

وقيل: تمتحن ببيضة الديك، فإن وسعتها، فهي ثيب، وإلا فهي بكر. ثم إذا ثبت أنه لم يطأهـــا إما باعترافه، أو بظهور البكارة، فإن القاضي يخيرها، فإن اختارت المقام معه بطـــل حقها، ولم يكن لها خيار بعد ذلك أبداً، ولا خصومة في هذا النكاح؛ لأنها رضيت ببطلان حقها، وإن طلبت الفرقة فرق القاضي بينهما. وهذه الفرقة يختص سببها بالحاكم، فـــلا تقع إلا بتفريق الحاكم، وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: تقع التفرقة بنفس اختيارها، ولا يحتاج إلى القضاء كخيار المعتقة، وخيار المخيرة، وأبو حنيفة يقول: لا تقع الفرقة ما لم يقـــل القاضي فرقت بينكما كخيار المدركة. ثم هذا التخيير لا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية.

وعـــن أبي يوسف: يقتصر عليه كخيار المخيرة؛ لأن تخيير القاضي إياها كتخيير

الزوج.

قوله: (وَكَانَتِ الْفِرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً) ثم إذا فرق بينهما وتزوجها بعد ذلك لم يكن لهـا خيار، وإن تزوجت المرأة رجلاً، وهي تعلم أنه عنين، فلا خيار لها وإذا كانت المرأة رتقـاء، وكان زوجها عنيناً لم يؤجله الحاكم؛ لأنه لا حق لها في الوطء. ولو أقامت امرأة العـنين معـه بعد مضي الأجل مطاوعة في المضاجعة لم يكن هذا رضا؛ لأنها تفعل ذلك اختـباراً لحاله، فلا يدل ذلك على الرضا. فإن قالت: قد رضيت بطل خيارها؛ لأن هذا تصـريح بالإسـقاط، وإن وطئها في دبرها في المدة، فلا عبرة بذلك؛ لأنه ليس بمحل للـوطء، وإن وطئها وهي حائض سقط خيارها، وإن وصل إلى غيرها في المدة لم يعتبر ذلـك، ولا يـبطل الأجل؛ لأن وطء غيرها لا يستقر به مهرها، فلا عبرة به. ولو أجل العـنين فمضـت المدة، وقد جن فرق القاضي بينهما وكان ذلك طلاقاً؛ لأن للقاضي الطلاق على امرأة المجنون من طريق الحكم. ولو أن المجنون زوجه أبوه، فلم يصل إليها لم يؤجله؛ لأن فرقته طلاق، والمجنون لا طلاق له بخلاف الأول، وإذا كان زوج الأمة عنيناً، فالخيار في ذلك إلى المولى عند أبي يوسف.

وقال محمد: إلى الأمة.

قوله: (وَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ إِذَا كَانَ قَدْ خَلاَ بِهَا)؛ لأن خلوة العنين صحيحة تجب بها العدة.

قـوله: (وَإِنْ كَـانَ مَجْبُوباً فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فِي الْحَالِ وَلَمْ يُؤَجِّلْهُ)؛ لأنه لا فائدة في انـتظاره. ثم إذا خـلا بها، فلها كمال المهر، وعليها العدة في قول أبي حنيفة، وعندهما: يجـب نصف المهر، وتجب العدة وسواء كان المجبوب بالغاً أو صبياً، فإنها تخير في الحال لعدم الفائدة في الانتظار، ولا يقع طلاق من الصبي، إلا في هذه الحالة، وإذا أسلمت امرأته بعدما عقل، وأبى أن يسلم فرق القاضي بينهما، وعند أبي يوسف: لا يفرق بينهما، حتى يدرك.

قـوله: (وَالْخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كَمَا يُؤَجَّلُ الْعَنِينُ)؛ لأن الوطء مرجو منه. وهو الذي أخـرجت أنثـياه وبقي ذكره، فهو والعنين سواء. ولو كان بعض الذكر مجبوباً، وبقي ما يمكن به من الجماع، فقالت المرأة: أنه لا يتمكن من الجماع، وقال: هو أنا أتمكن منه.

قال بعضهم: القول قوله؛ لأن له ما يمكن به الإيلاج.

وقال بعضهم: القول قولها؛ لأن الذكر إذا قطع بعضه ضعف.

{مطلب في نكاح أهل الشرك}

قوله: (وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَزَوْجُهَا كَافِرٌ عَرَضَ عَلَيْهِ الْقَاضِي الإِسْلاَمَ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَإِنْ أَبَى فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَكَانَ ذَلِكَ طَلاَقاً بَائِناً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) وهذا إذا كانا في دار الإسلام.

وقال أبو يوسف: ليس بطلاق، وهذا إذا كان بالغاً عاقلاً. أما إذا كان مجنوناً، فإن القاضي يحضر أباه، فيعرض على الأب الإسلام، فإن أسلم، وإلا فرق بينهما، وإن كان أبوه قد مات، وله أم عرض عليها كالأب، فإن أسلمت، وإلا فرق بينهما، وإن كان الزوج صغيراً يعقل الإسلام عرض عليه القاضي الإسلام، فإن أسلم، وإلا فرق بينهما.

وأما الحربية: إذا أسلمت في دار الحرب، فإنها لا تبين حتى تحيض ثلاث حيض؛ لأن الإسلام هناك مرجو من الزوج، إلا أن العرض عليه غير ممكن، فأشبه المطلق امرأته طلاقاً رجعياً.

قوله: (وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرَضَ عَلَيْهَا الإِسْلاَمَ فَإِنْ أَسْلَمَتْ فَهِيَ امْرَأَتُهُ وَإِنْ أَبَتْ فَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا وَلَمْ تَكُنْ الْفِرْقَةُ طَلاَقاً)؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها، والمرأة ليست بأهل للطلاق، بخلاف المسألة قبلها، فإن الفرقة هناك من جهة الرجل، وهو من أهل الطلاق.

قوله: (فَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ) يعني إذا فرق بينهما بإبائها.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلاَ مَهْرَ لَهَا)؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول، فصارت مانعة لنفسها كالمطاوعة لابن زوجها قبل الدخول.

قال الخجندي: إباء الإسلام وردة أحد الزوجين إذا حصل من المرأة، فهو فسخ إجماعاً. وإن كان من جهته، فهو فسخ أيضاً عند أبي يوسف في كليهما، وفي قول محمد كلاهما طلاق، وفي قول أبي حنيفة: الردة فسخ، وإباء الزوج الإسلام طلاق.

قوله: (وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَمْ تَقَعْ الْفِرْقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلاَثَ حِيَضٍ فَإِذَا حَاضَتْ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا) وإن لم تكن من ذوات الحيض، فثلاثة أشهر، ولا فرق بين المدخول بها، وغير المدخول بها في ذلك أي في توقف وقوع الفرقة على ثلاث حيض؛ لأن هذه الحيض لا تكون عنده، فيستوي فيها المدخولة وغيرها، ثم ننظر إن كانت الفرقة قبل الدخول، فلا عدة عليها وإن كانت بعده، فكذا لا عدة عليها عند أبي حنيفة، وعندهما: يجب عليها ثلاث حيض.

قوله: «لم تقع عليها الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض»: فائدته: أنه لو أسلم الزوج

فهما على نكاحهما، ثم إذا وقعت الفرقة بمضي ثلاث حيض، فهي فرقة بطلاق عندهما.

وقال أبو يوسف: فرقة بغير طلاق، وإن كان الزوج هو المسلم، فهي فرقة بغير طلاق.

قوله: (وَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجُ الْكِتَابِيَّةِ فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا)؛ لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء؛ فلأن يبقى أولى.

قوله: (وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مِنْ دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِماً وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا) وعند الشافعي: لا تقع.

قوله: (وَإِذَا سُبِيَ أَحَدُهُمَا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ) لتباين الدارين.

قوله: (وَإِنْ سُبِيَا مَعاً لَمْ تَقَعِ الْبَيْنُونَةُ)؛ لأنه لم يختلف بهما دين ولا دار.

قوله: (وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً جَازَ أَنْ تَتَزَوَّجَ وَلاَ عِدَّةَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقالا: عليها العدة؛ لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام، ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ﴾ [1]، وفي المنع من تزويجها تمسك بعصمته.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) وعن أبي حنيفة أنه يجوز النكاح، ولا يقر بها الزوج، حتى تضع حملها كما في الحامل من الزنا؛ لأن ماء الحربي لا حرمة له، فحل محل الزنا. وجه الأول: أنها حامل بولد ثابت النسب فتمنع من النكاح احتياطاً.

قوله: (وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الإِسْلاَمِ وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا فِرْقَةً بِغَيْرِ طَلاَقٍ) عندهما.

وقال محمد: إن كانت الردة من الزوج، فهي طلاق وإن كانت منها، فهي فرقة بغير طلاق، هو يعتبر بالإباء. وأبو يوسف مر على أصله في الإباء؛ لأن من أصله: أن إباء الزوج ليس بطلاق، فالردة كذلك. وأبو حنيفة فرق بينهما.

ووجهه: أن الردة منافية للنكاح، والطلاق واقع، فتعذرت الردة أن تجعل طلاقاً بخلاف الإباء؛ لأنه يفوت الإمساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان، ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء، ولا تتوقف بالردة، وسواء كان ارتداد أحد الزوجين قبل الدخول، أو بعده، فإنه يوجب فسخ النكاح عندنا.

قال في الملتقط: امرأة ارتدت لتفارق زوجها تقع الفرقة، وتجبر على الإسلام،

---

(1) سورة الممتحنة:10.

وتعزر خمسة وسبعين سوطاً، وليس لها أن تتزوج إلا بزوجها الأول.

قال في المصفى: يجدد العقد بمهر يسير رضيت، أو أبت يعني أنها تجبر على تجديد النكاح.

قوله: (فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الْمُرْتَدُّ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ)؛ لأنه قد استقر بالدخول.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلَهَا النِّصْفُ)؛ لأنها فرقة حصلت منه قبل الدخول، فصارت كالطلاق.

قوله: (وَإِنْ كَانَتِ هِيَ الْمُرْتَدَّةُ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلاَ مَهْرَ لَهَا)؛ لأنها منعت بضعها بالارتداد فصارت كالبائع، إذا أتلف المبيع قبل القبض.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ ارْتَدَّتْ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا جَمِيعُ الْمَهْرِ)؛ لأنه قد استقر بالدخول ولا نفقة لها؛ لأن الفرقة من قبلها.

قوله: (وَإِنْ ارْتَدَّا مَعاً ثُمَّ أَسْلَمَا مَعاً فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا) وقال زفر: يبطل النكاح؛ لأن ردة أحدهما منافية، وفي ردتهما ردة أحدهما وزيادة. وأما إذا أسلم أحدهما بعد الارتداد دون الآخر، فإن النكاح يبطل لإصرار الآخر على الردة، وهي منافية مثل ابتدائها.

ولو أن حربياً تزوج حربية، ثم أسلم أحدهما في دار الحرب، فالفرقة لا تقع بنفس الإسلام ما لم تحض المرأة ثلاث حيض إن كانت ممن تحيض، أو ثلاثة أشهر إن لم تكن تحيض، فإن أسلم الباقي منهما في هذه المدة، فهما على النكاح، وإلا فقد وقعت الفرقة عند مضي المدة، ثم إن المرأة إن كانت هي المسلمة، فهي كالمهاجرة لا عدة عليها عند أبي حنيفة بعد ذلك، وعندهما عليها العدة، وإن كان المسلم هو الزوج فلا عدة عليها إجماعاً.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجُ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمَةً وَلاَ كَافِرَةً وَلاَ مُرْتَدَّةً)؛ لأنه مستحق للقتل والإمهال، إنما هو ضرورة التأمل، والنكاح يشغله عن التأمل.

قوله: (وَكَذَلِكَ الْمُرْتَدَّةُ لاَ يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ وَلاَ كَافِرٌ وَلاَ مُرْتَدٌّ)؛ لأنها محبوسة للتأمل، وخدمة الزوج تشغلها عن التأمل.

قوله: (وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِماً فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ وَكَذَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ صَارَ وَلَدُهُ مُسْلِماً بِإِسْلاَمِهِ)؛ لأن في ذلك نظراً للولد والإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وإنما يتصور أن تكون المرأة مسلمة والزوج كافراً في حال البقاء بأن أسلمت هي، ولم يسلم فهما زوجان، حتى يفرق بينهما.

قوله: (فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ) يعني إذا كان الولد الصغير مع من أسلم، أو كان الولد في

دار الإســـلام، والذي أسلم في دار الحرب. أما إذا كان الذي أسلم في دار الإسلام والولد في دار الحرب لا يكون مسلماً بإسلامه، حتى أنه يصح سبيه، ويكون مملوكاً للذي سباه.

قـــوله: (وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الأَبَوَيْنِ كِتَابِيّاً وَالآخَرُ مَجُوسِيّاً فَالْوَلَدُ كِتَابِيٌّ)؛ لأن فيه نوع نظر له.

قـــوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْكَافِرُ بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ مِنْ كَافِرٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَهُمْ فِي دِينِهِمْ ثُمَّ أَسْلَمَا أُقِرَّا عَلَيْهِ) وهذا قول أبي حنيفة.

وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين، يعني بغير شهود، وفي عدة من كافر، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام، والمرافعة إلى الحاكم.

وقـــال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول: كما قال أبو حنيفة، وفي الوجه الثاني: كما قال زفر؛ لأن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليه، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه.

وإنمـــا قـــال: «في عدة من كافر»: احترازاً من الذمية إذا كانت معتدة من مسلم، فإنه لا يجوز النكاح.

وتفـــريع المســـائل: إذا تزوج ذمي ذمية بغير شهود، ثم أسلم فإنه يقر عليه خلافاً لزفر، وإن تزوج ذمي ذمية في عدة ذمي، فإنه يجوز عند أبي حنيفة، فإن أسلما أُقِرَّا عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: النكاح فاسد، ولا يقران عليه بالإسلام. وأما نكاح المحارم، فهو فاسد، إلا أن عند أبي حنيفة لا يعترض عليهم، إلا أن يترافعوا إلينا، أو يسلم أحدهما.

وقال أبو يوسف: أفرق بينهما سواء ترافعوا إلينا أم لا.

وقال محمد: إن ارتفع أحدهما فرقت، وإلا فلا.

ولو تزوج الكافر أختين في عقد واحد، أو جمع بين أكثر من أربعة نسوة، فالنكاح باطل، ولا يقر عليه بالإسلام عند أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر.

وقال محمد: إذا أسلم اختار إحدى الأختين، ومن الخمس أربعاً، فإن كان جمع بين امرأة وبنتها، فهو كذلك في قولهم.

وقال محمد: إن دخل بهما فرقت بينهما، وإن لم يدخل بواحدة منهما حرمت عليه الأم، ويمســـك البـــنت؛ لأن تزويج البنت يحرم الأم، وإن لم يدخل ونكاح الأم لا يحرم البـــنت مـــا لم يدخل بها، وإذا تزوج الحربي أربع نسوة، ثم استرق، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يفرق بينه وبينهن، وعند محمد: يخير بين ثنتين، وإن تزوج ذمي بذمية على أن لا صداق لها.

قال أبو حنيفة: لا صداق لها كالحربي والحربية.

وقال أبو يوسف ومحمد: كالمسلم والمسلمة.

قال صاحب المنظومة في مقالات أبي حنيفة رحمه الله: والمهر في نكاح أهل الذمه: لو نفياه لم يجب في الذمة.

قوله: (وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمَجُوسِيُّ أُمَّهُ أَوْ بِنْتَهُ ثُمَّ أَسْلَمَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا)، وكذا إذا أسلم أحدهما، أو لم يسلما وترافعا إلينا. أما إذا رفع أحدهما لا يفرق بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما: يفرق بينهما.

ثم عند أبي حنيفة لهذا النكاح بينهم حكم الصحة ما لم يفرق بينهما على الصحيح، وعندهما: له حكم البطلان فيما بينهم.

وفائدته: في وجوب النفقة والكسوة وثبوت النسب والعدة عند التفريق، فعند أبي حنيفة: يجب ذلك خلافاً لهما.

{مطلب في القَسَم}

قوله: (وَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمَا فِي الْقَسْمِ بِكْرَيْنِ كَانَتَا أَوْ ثَيِّبَتَيْنِ أَوْ إِحْدَاهُمَا بِكْراً وَالأُخْرَى ثَيِّباً) أو كانت إحداهما حديثة، والأخرى قديمة وسواء كن مسلمات، أو كتابيات، أو إحداهما مسلمة والأخرى كتابية، فإنه ينبغي أن يعدل بينهما في المأكول والمشروب والملبوس.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حُرَّةً وَالأُخْرَى أَمَةً فَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثَانِ مِنَ الْقَسْمِ وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ) والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة؛ لأن الرق فيهن قائم والمريض والصحيح في اعتبار القسم سواء. ثم التسوية المستحقة إنما هي في البيتوتة لا في المجامعة؛ لأن مبناها على النشاط، ولأن المجامعة حقه، فإذا تركه لم يجبر عليه، وعماد القسم الليل، ولا يجامع المرأة في غير يومها، ولا يدخل بالليل على التي لا قسم لها، ولا بأس أن يدخل عليها بالنهار لحاجة ويعودها في مرضها في ليلة غيرها، وإن ثقل مرضها، فلا بأس أن يقيم عندها، حتى تشفى أو تموت. وإن أراد أن يقسم ليلتين ليلتين، أو ثلاثاً ثلاثاً، فله ذلك، ويسوي في القسم بين المراهقة والبالغة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة والمسلمة والكتابية، وكذا المجبوب والخصي والعنين في القسم بين النساء سواء؛ لأن وجوب العدل في المؤانسة دون المجامعة، ويسوي في القسم بين الحديثة والقديمة.

وعند الشافعي: إن كانت الحديثة بكراً فضلها بسبع ليال وإن كانت ثيباً، فبثلاث، قلنا: لو وجب التفضيل لكانت القديمة أحق؛ لأن الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل عليها ما يغيظها.

قوله: (وَلاَ حَقَّ لَهُنَّ فِي الْقَسَمِ فِي حَالِ السَّفَرِ وَيُسَافِرُ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ وَالأَوْلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ فَيُسَافِرُ بِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا) فإن سافر بإحداهن، ثم عاد من سفره،

فطلب الباقيات أن يقيم عندهن مثل سفره لم يكن لهن ذلك، ولم يحسب عليه بأيام سفره في التي كانت معه، ولكن يستقبل العدل بينهن. وقد قالوا: إن الرجل إذا امتنع من القسم يضرب؛ لأنه لا يستدرك الحق فيه بالحبس؛ لأنه يفوت بمضي الزمان.

ولو كان له امرأة واحدة فطالبته أن يبيت معها، وهو يشتغل عنها بالصلاة والصوم، فرفعته إلى القاضي، فإنه يؤمر أن يبيت معها، ويفطر لها، وليس في ذلك حد ولا توقيت.

وفي الخجندي: كان أبو حنيفة أولاً يقول: يجعل لها يوماً وليلة وثلاثة أيام ولياليها يتفرغ للعبادة؛ لأنه يقدر أن يتزوج عليها ثلاثاً أخر، فيكون لها من القسم يوم وليلة من الأربع. وبهذا حكم كعب بن سور، واستحسنه عمر رضي الله عنه، فإنه روي أن امرأة أتت إلى عمر رضي الله عنه، فقالت: «إن زوجي يصوم النهار، ويقوم الليل»، فقال عمر: نعم، الزوج زوجك، فأعادت عليه كلامها مراراً، فقال لها: ما أحسن ثناءك على زوجك، فقال كعب بن سور: أنها تشكوه، قال: وكيف ذلك؟ قال: إنها تشكو؛ إذ صام بالنهار، وقام بالليل هجر صحبتها، ولم يتفرغ لها، فعجب عمر من ذلك، وقال: اقض بينهما يا كعب، فحكم كعب لها: بليلة ولزوجها بثلاث، فاستحسنه عمر، وولاه قضاء البصرة، كذا في النهاية، إلا أن أبا حنيفة رجع عن هذا وقال: ليس بشيء؛ لأنه لو تزوج أربعاً، فطلبنه بالواجب يكون لكل واحدة ليلة من الأربع. فلو جعلنا هذا حقاً لكل واحدة، لكان لا يتفرغ لأفعاله، فلم يؤقت لهذا وقتاً وإنما يجعل لها ليلة من الأيام بقدر ما يحسن من ذلك، وإن كانت المرأة أمة، فعلى قول أبي حنيفة الأول، وهو قول الطحاوي يجعل لها ليلة من كل سبع ليال؛ لأن له أن يتزوج ثلاث حرائر، فيكون لها ليلة من سبع ليال.

قوله: (**وَإِذَا رَضِيَتْ إِحْدَى الزَّوْجَاتِ بِتَرْكِ قِسْمِهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي ذَلِكَ**)؛ لأنها أسقطت حقاً لم يجب، فلا يسقط، ولأنه تبرع، والإنسان لا يجبر على التبرع. ولو أن واحدة منهن بذلت مالاً للزوج، ليجعل لها من القسم أكثر، أو بذل لها الزوج مالاً لتجعل يومها لصاحبتها، أو بذلت هي المال لصاحبتها، لتجعل يومها لها، فذلك كله لا يجوز، ويرد المال إلى صاحبه؛ لأنه رشوة، والرشوة حرام، وليس للرجل أن يعزل ماءه عن زوجته الحرة، إلا بإذنها، فإن كانت أمة، فالإذن إلى مولاها عندهما، وقال أبو يوسف: إلى الأمة، وإن أراد أن يعزل عن أمته كان له ذلك بغير رضاها. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب الرضاع

هو في اللغة: المص.

وفي الشرع: عبارة عن إرضاع مخصوص يتعلق به التحريم.

فقولنا: «مخصوص»: أن تكون المرضعة آدمية، والراضع في مدة الإرضاع، وسواء وصل اللبن إلى جوف الطفل من ثدي، أو مسعط، أو غيره. فإن حقن به لم يتعلق به تحريم في المشهور، وإن أقطر في أذنيه، أو في إحليله، أو في جائفة، أو آمة لم يحرم.

قوله رحمه الله: (**قَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ**) يعني بعد أن يعلم أنه وصل إلى الجوف.

قال في الينابيع: القليل مفسر بما يعلم أنه وصل إلى الجوف.

قوله: (**وَمُدَّةُ الرَّضَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ثَلاثُونَ شَهْراً. وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ سَنَتَانِ**) وقال زفر: ثلاث سنين.

وفي الذخيرة: مدته ثلاثة أوقات: أدنى، ووسط، وأقصى.

فالأدنى: حول ونصف.

والوسط: حولان.

والأقصى: حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططاً، وإن زاد على الحولين لا يكون تعدياً، وإذا كانت له أمة، فولدت فله إجبارها على إرضاع الولد؛ لأن لبنها ومنافعها مملوكة له، وله أن يأمرها بفطامه قبل الحولين إذا لم يضره الفطام بخلاف الزوجة الحرة، فإنه لا يجبرها على الإرضاع، فإن رضيت به، فليس له أن يأمرها بالفطام قبل الحولين؛ لأن لها حق التربية إلى تمام مدة الرضاع، إلا أن تختار هي ذلك.

قوله: (**فَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ**) قال عليه السلام: «لا رضاع بعد الفصال»[1].

واختلف أصحابنا فيمن فصل في مدة الرضاع، واستغنى عن الرضاع في المدة على قول كل واحد منهم؟

فروى محمد عن أبي حنيفة: أن ما كان من رضاع في الثلاثين شهراً قبل الفطام،

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (68/2): حديث: «لا رضاع بعد الفصال»، الطبراني في الصغير من حديث علي بلفظ: «لا رضاع بعد الفصال، ولا يتم بعد حلم» وأخرجه عبدالرزاق وابن عدي من وجه آخر عن علي وهو ضعيف.

وفي الباب: عن جابر أخرجه أبو داود الطيالسي بإسناد واه.

أو بعده، فهو رضاع يحرم، وعليه الفتوى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا فطم في السنتين، حتى استغنى بالطعام، فارتضع بعد ذلك في السنتين، أو الثلاثين شهراً لم يكن رضاعاً؛ لأنه لا رضاع بعد الفطام، وإن هي فطمته، فأكل أكلا ضعيفاً لا يستغني به عن الرضاع، ثم عاد فارتضع، فهو رضاع يحرم.

وأما محمد: فكان لا يعتد بالفطام قبل الحولين.

قوله: (وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ إِلاَّ أُمَّ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ)؛ لأنها تكون أمه، أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع، ولا يجوز أن يتزوج امرأة أبيه من الرضاع.

ولو تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لم يحل له أن يتزوج أمها من الرضاعة؛ لأن العقد على المرأة يحرم أمها من النسب، فكذا من الرضاع، ولا يحل له تزويج بنت امرأته من الرضاع إن دخل بها؛ لأن تحريم الربيبة من النسب يتعلق بوطء الأم، فكذا الربيبة من الرضاع.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ وَلاَ يَجُوزُ مِنَ النَّسَبِ)؛ لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه، ولا يوجد هذا المعنى في الرضاع.

قوله: (وَامْرَأَةُ ابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ لاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا كَمَا لاَ يَجُوزُ ذَلِكَ مِنَ النَّسَبِ) وذكر الأصلاب في النص لإسقاط اعتبار التبني.

قوله: (وَلَبَنُ الْفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَهُوَ أَنْ تُرْضِعَ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً فَتَحْرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ عَلَى زَوْجِهَا وَعَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ، وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِي نَزَلَ مِنْهُ اللَّبَنُ أَباً لِلْمُرْضَعَةِ) وإنما يتعلق التحريم بلبن الفحل إذا ولدت المرأة منه. أما إذا لم تلد ونزل لها لبن، فإن التحريم يختص بها دونه، حتى لا تحرم هذه الصبية على ولد هذا الرجل من امرأة أخرى.

وقوله: «فتحرم هذه الصبية على زوجها»: وقع اتفاقاً، وخرج مخرج الغالب وإلا، فلا فرق بين زوجها وغيره، حتى لو زنى رجل بامرأة، فولدت منه وأرضعت صبية بلبنه تحرم عليه هذه الصبية وعلى أصوله وفروعه. وذكر الخجندي خلاف هذا، فقال: المرأة إذا ولدت من الزنا، فنزل لها لبن، أو نزل لها لبن من غير ولادة، فأرضعت به صبيّاً، فإن الرضاع يكون منها خاصة، لا من الزاني.

وكل من لم يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع، وإن وطئ امرأة بشبهة،

فحبلت منه، فأرضعت صبيّاً، فهو ابن الواطئ من الرضاع. وعلى هذا كل من ثبت نسبه من الواطئ ثبت منه الرضاع، ومن لا يثبت نسبه لا يثبت منه الرضاع، وعلى المرأة أن لا ترضع كل صبي من غير ضرورة، فإن أرضعت، فلتحفظ، ولتكتب احتياطاً، حتى لا ينسى بطول الزمان.

ومن طلق زوجته ولها لبن منه، وانقضت عدتها وتزوجت بآخر، ثم أرضعت صبيّاً عند الثاني إن كان قبل أن تحبل من الثاني، فالرضاع يكون من الأول إجماعاً، وإن كان بعد ما حبلت من الثاني قبل أن تلد، فالرضاع من الأولى إلى أن تلد عند أبي حنيفة، فإذا ولدت فالتحريم من الثاني دون الأول.

وقال أبو يوسف: يعتبر بالغلبة، فإن كانا سواء فهو منهما، وإن علم أن هذا اللبن من الثاني كان منه، وإلا فهو من الأول.

وقال محمد: هو منهما جميعاً إلى أن تلد، فإذا ولدت، فالتحريم من الثاني.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ، كَمَا يَجُوزُ مِنَ النَّسَبِ، وَذَلِكَ مِثْلُ الأَخِ مِنَ الأَبِ إِذَا كَانَ لَهُ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ جَازَ لأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا)؛ لأنه ليس بينهما ما يوجب تحريماً.

قوله: (وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْيٍ وَاحِدٍ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ لَمْ يَجُزْ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالآخَرِ) المراد اجتماعهما على الرضاع طالت المدة، أو قصرت تقدم رضاع أحدهما على الآخر أم لا؛ لأن أمهما واحدة، فهما أخ وأخت، وليس المراد اجتماعهما معاً في حالة واحدة، وإنما يريد إذا كان رضاعهما من ثدي واحد، فعلى هذا لو تزوج صغيرة، فأرضعتها أمة حرمت عليه؛ لأنها تصير أخته.

ولو تزوج صغيرتين، فجاءت امرأة، فأرضعتهما معاً، أو واحدة بعد أخرى صارتا أختين، وحرمتا عليه، ولكل واحدة منهما نصف المهر؛ لأن الفرقة حصلت قبل الدخول بغير فعلهما، فإن كانت المرضعة تعمدت الفساد رجع عليها بما عزم من المهر، وإن لم تتعمد لم يرجع عليها بشيء.

وعند الشافعي: تضمن في الوجهين، فإن كن ثلاث صبايا، فأرضعتهن واحدة بعد واحدة بانت الأوليان وكانت الثالثة امرأته؛ لأنها لما رضعت الثانية صار جامعاً بين أختين، فوقعت الفرقة بينه وبينهما، ثم لما أرضعت الثالثة صارت أختاً لهما، وهما أجنبيتان، والتحريم يتعلق بالجمع، وإن أرضعت الأولى، ثم الثنتين معاً بن جميعاً؛ لأن إرضاع الأولى لم يتعلق به تحريم، فلما أرضعت الأخيرتين معاً صرن أخوات في حالة واحدة، فيفسد

نكاحهن، وإن كن أربع صبايا، فأرضعتهن واحدة بعد أخرى بن جميعاً؛ لأنها لما أرضعت الثانية صارت أختاً للأولى، فبانتا فلما أرضعت الرابعة صارت أختاً للثالثة فبانتا جميعاً.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتزَوَّجَ الْمُرْضِعَةُ أَحَداً مِنِ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْهَا)؛ لأنه أخوها ولا ولد ولدها؛ لأنه ولد أخيها.

قوله: (وَلاَ يَتزَوَّجَ الصَّبِيُّ الْمُرْضَعُ بِأُخْتِ الزَّوْجِ؛ لأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِنَ الرَّضَاعَةِ) قال عليه السلام: «يحرم من الرضاع، ما يحرم من النسب»[1].

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالْمَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ الْمَاءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) وغلبة اللبن: أن يوجد طعمه ولونه وريحه. وأما إذا كان الغالب هو الماء لم يتعلق به التحريم؛ لأنه لا يقع به التغذي كما في اليمين إذا حلف لا يشرب اللبن، فشرب لبناً مخلوطاً بالماء، والماء غالب لم يحنث.

وقيل: الغلبة عند أبي يوسف: تغير اللون والطعم، وعند محمد: إخراجه من الاسم.

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِباً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وعندهما: إذا كان اللبن غالباً تعلق به التحريم.

قال في الهداية: قولهما: فيما إذا لم تمسه النار، حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً.

وفي المستصفى: إنما لم يثبت التحريم عنده إذا لم يشربه. أما إذا حساه حسواً، ينبغي أن يثبت.

وقيل: إن كان الطعام قليلاً، بحيث أن يصير اللبن مشروباً فيه، فشربه ثبت التحريم.

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَطَ بِالدَّوَاءِ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛ لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه؛ إذ الدواء لتقويته على الوصول.

قوله: (وَإِذَا حُلِبَ اللَّبَنُ مِنَ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأُوجِرَ بِهِ الصَّبِيُّ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ)؛ لأن اللبن بعد الموت على ما كان عليه قبله، إلا أنه في وعاء نجس، وذلك لا

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات (باب: الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت)، والنسائي في سننه في كتاب النكاح (باب: ما يحرم من الرضاع)، وابن ماجه في سننه في كتاب النكاح (باب: ما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)، وأحمد بن حنبل في مسنده (2977).

يمنع التحريم؛ ولأن اللبن لا يلحقه بالموت، فحاله بعده كحاله قبله؛ ولأن الميتة فقد فعلها، وفعل المرضعة لا يعتبر بدلالة ارتضاع الصبي منها وهي نائمة.

وفائدة التحريم بلبن الميتة أنه لو ارتضع بلبنها صغيرة، ولها زوج، فإن الميتة تصير، أم زوجته وتصير محرماً للميتة، فله أن ييممها ويدفنها، وهذا بخلاف وطء الميتة، فإنه لا يتعلق به حرمة المصاهرة بالإجماع.

والفرق أن المقصود من اللبن التغذي، والموت لا يمنع منه، والمقصود من الوطء اللذة المعتادة، وذلك لا يوجد في وطء الميتة.

قوله: (**وَإِنِ اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ شَاةٍ وَاللَّبَنُ هُوَ الْغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ وَإِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ**) كما في الماء، وعلى هذا إذا اختلط بالدهن.

قوله: (**وَإِذَا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَكْثَرِهِمَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَعَلَّقُ بِهِمَا**) وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف. وأما إذا تساويا تعلق بهما جميعاً إجماعاً لعدم الأولوية.

قوله: (**وَإِذَا نَزَلَ لِلْبِكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَتْ بِهِ صَبِيّاً تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ**) لإطلاق النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾[1].

ولو أن صبية لم تبلغ تسع سنين نزل لها لبن، فأرضعت به صبياً لم يتعلق به تحريم، وإنما يتعلق التحريم به إذا حصل من بنت تسع سنين فصاعداً.

قوله: (**وَإِذَا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيّاً لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ تَحْرِيمٌ**)؛ لأنه ليس بلبن على الحقيقة؛ لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة، وإذا نزل للخنثى لبن إن علم أنه امرأة تعلق به التحريم، وإن علم أنه رجل لم يتعلق به تحريم، وإن أشكل إن قال النساء: أنه لا يكون على غزارته، إلا لامرأة تعلق به التحريم احتياطاً، وإن لم يقلن ذلك لم يتعلق به تحريم، وإذا تجبن لبن امرأة وأطعم الصبي تعلق به التحريم.

قوله: (**وَإِذَا شَرِبَ صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ فَلاَ رَضَاعَ بَيْنَهُمَا**)؛ لأن لبن الشاة لا حرمة له بدليل أن الأمومة لا تثبت به ولا أخوة بينه وبين ولدها؛ ولأن لبن البهائم له حكم الطعام.

قوله: (**وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتَا عَلَى الزَّوْجِ**)؛ لأن الكبيرة صارت أمّاً لها، فيكون جامعاً بين الأم والبنت وذلك حرام.

---

(1) سورة النساء: 23.

قوله: (فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ فَلاَ مَهْرَ لَهَا)؛ لأنها صارت مانعة لنفسها قبل الدخول.

قوله: (وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ)؛ لأنه لم يحصل منها فعل.

قوله: (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتِ الْفَسَادَ) بأن علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد.

وقال محمد: يرجع عليها تعمدت أو لا، والصحيح الأول، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول: قولها أنها لم تتعمد مع يمينها.

وتفسير التعمد: هو أن ترضعها من غير حاجة بأن كانت شبعانة، وأن تعلم بقيام النكاح، وأن تعلم بأن الإرضاع مفسد، أما إذا فات شيء من هذا لم تكن متعمدة وإن أرضعتها على ظن أنها جائعة، ثم بان أنها شبعانة لا تكون متعمدة. ولو كان له امرأتان صغيرة ومجنونة، فأرضعت المجنونة الصغيرة حرمتا عليه، فإن لم يدخل بالمجنونة، فلها نصف المهر وللصغيرة النصف، ولا يرجع به على المجنونة؛ لأن فعلها لا يوصف بالجناية، وكذا إذا جاءت الصغيرة إلى الكبيرة العاقلة، وهي نائمة فأخذت ثديها وجعلته في فمها وارتضعت منها من غير علمها بانتا منه، ولكل واحدة منهما نصف المهر ولا يرجع به على أحد.

ولو أن رجلاً أخذ لبن الكبيرة، فأوجر به الصغيرة بانتا منه، ولكل واحدة منهما نصف الصداق، فإن تعمد الرجل الفساد، وغرم نصف الصداق لكل واحدة منها كذا في الواقعات.

قوله: (وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهَا) وإن علمت أن الصغيرة امرأته معناه إذا قصدت دفع الجوع عنها وخوف الهلاك عليها؛ لأن الإرضاع فرض عليها إذا خافت هلاكها، وإن علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لم تكن متعدية، فلا يلزمها ضمان.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ) من غير أن يكون معهن رجل؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال؛ لأن ذا الرحم المحرم ينظر إلى الثدي، وهو مقبول الشهادة في ذلك.

قوله: (وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) إذا كانوا عدولاً، فإذا شهدوا بذلك فرق بينهما، فإن كان قبل الدخول، فلا مهر لها، وإن كان بعده، فلها الأقل من المسمى، ومن مهر المثل وليس لها في العدة نفقة ولا سكنى.

قال الكرخي: روي: أن عقبة بن الحارث، قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي

إهاب، فجاءت سوداء فقالت: إني أرضعتكما، قال: فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فأعرض ثم ذكرته له، فأعرض، حتى قال: في الثالثة، أو الرابعة فدعها إذا وروي، «فارقها»، فقلت يا رسول الله: إنها سوداء، فقال: «كيف، وقد قيل»[1] أي قيل: «إنها أختك» وإنما أمره النبي صلى الله عليه وسلم على طريق التنزه. ألا ترى أنه أعرض عنه أولاً، وثانياً، ولو وجب التفريق لما أعرض عنه، ولأمره بالتفريق في أول سؤاله، فلما لم يفعل دل على أنه أراد به التنزه؛ ولأن قوله: «فارقها» دليل على بقاء النكاح.

(1) أخرجه الدارمي في سننه في كتاب النكاح (باب: شهادة المرأة الواحدة على الرضاع) بلفظ: «حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة قال: حدثني عقبة بن الحارث ثم قال: لم يحدثنيه ولكن سمعته يحدث القوم، قال: تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء، فقالت: إني أرضعتكما، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له فأعرض عني، قال أبو عاصم: قال: في الثالثة أو الرابعة، قال كيف؟ وقد قيل ونهاه عنها، قال أبو عاصم وقال عمر بن سعيد بن أبي حسين عن ابن أبي مليكة فكيف وقد قيل ولم يقل نهاه عنها قال أبو محمد كذا عندنا».

كتاب الطلاق[1]

(1) الطلاق في اللغة رفع القيد الحسي أو المعنوي فكما يطلق على فك عقال البعير يطلق على إباحة إبداء الرأي ومثله الإطلاق، فالطلاق والإطلاق في اللغة يستعملان لحل القيد حسيّاً كان أو معنويّاً غير أن العرف قصر الإطلاق على رفع القيد الحسي وقصر الطلاق على رفع القيد المعنوي ففي العرف يقال: السجين مطلق سراحه ولا يقال طالق سراحه ويقال طلق الرجل زوجته ولا يقال: أطلقها ولهذا كان الإطلاق وما اشتق منه من الكنايات عن الطلاق لا من الصريح بحكم العرف.

وأما الطلاق شرعاً: فهو حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة، تصدر من الزوج، أو من القاضي بناء على طلب الزوجة.

انظر: أحكام الأحوال الشخصية، لخلاف (ص 128).

الطلاق في اصطلاح الفقهاء، رفع قيد النكاح في الحال، أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها، وهو على هذا التعريف قسمان:

1- قسم يرفع النكاح في الحال.

2- قسم يرفعه في المآل.

أما القسم الأول فهو الطلاق البائن، فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين، سواء انتهت العدة أم لم تنته.

وأما القسم الثاني: فهو الطلاق الرجعي، فالنكاح لا يرتفع في الطلاق الرجعي بمجرد صدور ما يدل عليه، بل لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة، وفي أثناء العدة لم يرتفع النكاح، فله أن يراجعها، رضيت أو لم ترض، ولكن تحتسب الطلقة من الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، وهي الثلاث.

انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص 279).

من يقع منه الطلاق: الذي يقع طلاقه هو الزوج، العاقل، البالغ المختار اختياراً صحيحاً. الذي يعي ما يقول سواء كان صحيحاً أو مريضاً.

فإذا توفرت في الزوج هذه الشروط فهو أهل لإيقاع الطلاق وإذا صدر الطلاق منه أو من رسوله أو وكيله وصادق محله وقع وانحل به رباط الزوجية.

من يقع عليها الطلاق: لا يقع إلا على الزوجة القائمة زوجيتها الصحيحة حقيقة، والمعتدة من طلاق رجعي، والمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، والمعتدة من فسخ الزواج بسبب إباء الزوجة المشركة الإسلام إذا أسلم زوجها. وبسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام.

ما يقع به الطلاق: يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل عقدة الزوجية من أي لغة، وبما يقوم مقام اللفظ من كناية وإشارة.

فاللفظ قد يكون صريحاً إذا كان يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق ولا يستعمل عرفاً إلا فيه. مثل أنت طالق ومطلَّقة وكل مشتقات الطلاق والتطليق وكل لفظ استعمله الناس لرفع قيد الزواج مثل عليَّ الحرام.

وقد يكون كناية إذا كان يحتمل معنى الطلاق وغيره ولم يتعارف في الاستعمال قصره على معنى =

هو في اللغة: عبارة عن إزالة القيد، وهو مأخوذ من الإطلاق تقول العرب: أطلقت إبلي وأسيري، وطلقت امرأتي، وهما سواء. وإنما فرقوا بين اللفظين لاختلاف المعنيين، فجعلوه في المرأة طلاقاً، وفي غيره إطلاقاً كما فرقوا بين حصان وحصان، فقالوا للمرأة حصان، وللفرس حصان، وهو سواء في اللفظ، مختلف في المعنى.

وهو في الشرع: عبارة في المعنى الموضوع لحل عقدة النكاح، ويقال: عبارة عن إسقاط الحق عن البضع. ولهذا يجوز تعليقه بالشرط، فالطلاق عندهم لا يزيل الملك، وإنما يحصل زوال الملك عقيبه إذا كان طلاقاً قبل الدخول، أو بائناً، وإن كان رجعياً وقف على انقضاء العدة، أي لم يزل الملك، إلا بعد انقضائها.

قوله رحمه الله: (الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ) يعني أنه:

1 - حسن.

2- وأحسن.

3- وبدعي.

وهذا اختيار صاحب الهداية.

وفي الكرخي: هو على ضربين:

1 - طلاق سنة.

2- وطلاق بدعة.

أما تقسيم الشيخ على ثلاثة أوجه، فيحتمل أنه أراد طلاق سنة، وطلاق بدعة، وطلاقاً خارجاً عنهما، وهو طلاق غير المدخول بها، وطلاق الصغيرة والآيسة، ويحتمل أيضاً أنه أراد طلاق صريح، وطلاق كناية، وطلاقاً في معنى الصريح، وليس بصريح، ولا

=

الطلاق مثل أنت بائن-أنت علي حرام- أمرك بيدك، لأن بائن يحتمل البينونة عن العصمة والبينونة عن الشر. وحرام يحتمل حرمة المتعة بها وحرمة إيذائها، وأمرك بيدك يحتمل تمليكها عصمتها وتمليكها حرية التصرف في شأنها وهكذا كل لفظ كنائي.

والصريح يقع به الطلاق بدون توقف على نيته لأنه ظاهر الدلالة ومعناه متعين وغير محتاج إلى نية تبين المراد منه. حتى لو قال الناطق باللفظ الصريح لم أنو به الطلاق وإنما نويت معنى آخر لا يصدق قضاء ويقع عليه الطلاق.

وأما الكناية فلا يقع الطلاق بها إلا بنيته لأن اللفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره والذي يعين إرادة الطلاق به هو نية المطلق حتى لو قال الناطق بالكناية لم أنو الطلاق وإنما نويت معنى آخر يصدق قضاء ولا يقع عليه الطلاق.

انظر: أحكام الأحوال الشخصية، لخلاف (ص 131-135).

كـنـاية، وهـو ثلاثة ألفاظ يقع بها الرجعي، ولا يقع بها إلا واحدة، وهو قوله: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة.

قـوله: (فَأَحْسَنُ الطَّلَاقِ أَنْ لَا يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِـيهِ وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا) فإن قيل: قوله: أحسن ينبغي أن يكون في الطلاق ما هو حسن، وهذا أحسن منه؟

قـيل: هـو كذلك؛ لأن الطلاق ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا يجامعها فيه حسن، وهو طلاق السنة، وهذا أحسن منه.

قـوله: (وَطَـلَاقُ السُّنَّةِ أَنْ يُطَلِّقَ الْمَدْخُولَ بِهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ)، وهو أن يطلقها تطليقة في طهر لا جماع فيه، ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، فقد وقع عليها ثلاث تطليقات، ومضى من عدتها حيضتان، فإذا حاضت أخرى انقضت عدتها، وإن كانت من ذوات الأشهر طلقها واحدة على ما ذكرنا، ثم إذا مضـى شهر طلقها أخرى، ثم إذا مضى شهر طلقها أخرى، فقد وقع عليها ثلاث ومضى من عدتها شهران، فإذا مضى شهر آخر انقضت عدتها، وإن كانت حاملاً، فكذا عندهما يطلقها ثلاثاً للسنة، ويفصل بين كل تطليقين بشهر.

وقال محمد وزفر: الحامل لا تطلق للسنة إلا مرة.

قوله: (وَطَلَاقُ الْبِدْعَةِ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَبَانَتْ مِنْهُ وَكَانَ عَاصِيًا)؛ لأن الأصل في الطلاق: الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية.

فالدينـية: حفظ النفس من الزنا، وحفظ المرأة أيضاً عنه، وفيه تكثير للموحدين، وتحقيق مباهاة سيد المرسلين.

وأمـا الدنيوية: فقوام أمر المعيشة؛ لأن المرأة تعمل داخل البيت والرجل خارجه، فينتظم أمرهما، فإذا كان كذلك كان فيه معنى الحظر. وإنما أبيح للحاجة إلى الخلاص من حـبالة النكاح، وذلك يحصل بتفريق الطلاق على الأطهار، وإنما كان عاصياً؛ لأن النبي علـيه السلام لما أنكر على ابن عمر الطلاق في الحيض: «قال ابن عمر: أرأيت يا رسول الله لو طلقتها ثلاثاً؟ قال: إذا عصيت ربك، وبانت منك»[1].

---

(1) أخـرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الطلاق (باب: طلاق السنة وكيف الطلاق): وعن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة، وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخراوين عند القرأين الباقيين، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا ابن عمر ما هكذا أمر الله أخطأت السنة، والسنة: أن =

وقال عبادة بن الصامت: «طلق بعض آبائنا امرأته ألفاً، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال: بانت بثلاث في معصية وتسعمائة وسبعة وتسعون فيما لا يملك»[1]، وكان عمر رضي الله عنه لا يؤتى برجل طلق ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً،، وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة، وكذا الطلاق في حالة الحيض مكروه لما فيه من تطويل العدة على المرأة، وكذا في النفاس أيضاً. واختلفت الروايات في الواحدة البائنة؟

قال في الأصل: أنه أخطأ السنة؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة.

وفي الزيادات: لا يكره للحاجة إلى الخلاص الناجز.

قوله: (**وَالسُّنَّةُ فِي الطَّلَاقِ مِنْ وَجْهَيْنِ سُنَّةٌ فِي الْوَقْتِ وَسُنَّةٌ فِي الْعَدَدِ فَالسُّنَّةُ فِي الْعَدَدِ يَسْتَوِي فِيهَا الْمَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا**)؛ لأن الطلاق الثلاث في كلمة إنما منع منه خوفاً من الندم، وأن يبدو له، فيستدرك العقد عليها ثانياً، وهذا المعنى موجود في غير المدخول بها، ويقال: إن السنة في العدد هو أحسن الطلاق، وهو أن يطلقها واحدة لا غير. وسميت الواحدة عدداً مجازاً؛ لأنه أصل العدة إن كانت غير مدخولة، فقد وجدت السنة في طلاقها من غير التفات أمر آخر، وإن كانت مدخولة، فلا بد من النظر إلى الوقت، فإن كان يصلح للإيقاع كان سنياً وإن لم يصلح كان بدعياً.

وقوله: «يستوي فيها المدخولة وغيرها»: حتى لو قال قبل الدخول: أنت طالق ثلاثاً للسنة يقع واحدة ساعة تكلم، فإن تزوجها وقعت أخرى ساعة تزوجها، وكذا الثالثة ساعة تزوجها مرة أخرى.

وقال أبو يوسف: لا يقع أخرى حتى يمضي شهر من الأولى، كذا في الذخيرة.

=

تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء، فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم فراجعتها، ثم قال :إذا هي حاضت ثم طهرت، فطلق عند ذلك وأمسك، فقلت: يا رسول الله لو طلقتها ثلاثاً كان لي أن أراجعها؟ قال: إذا بانت منك وكانت معصية.

قلت : لابن عمر حديث في الصحيح بغير هذا السياق رواه الطبراني وفيه علي بن سعيد الرازي قال الدارقطني: ليس بذاك وعظمه غيره وبقية رجاله ثقات.

(1) أخرجه السيوطي في الدر المنثور (196/8): وأخرجه ابن مردويه وابن عساكر عن عبادة بن الصامت قال: طلق بعض آبائي امرأته ألفاً، فانطلق بنوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله: إن أبانا طلق أمنا ألفا فهل له من مخرج؟ فقال: إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً بانت منه بثلاث على غير السنة، والباقي إثم في عنقه.

أخرجه الدارقطني في سننه 12/4، 20، والبيهقي في سننه 332/7، وكنز العمال 1135/9.

قوله: (وَالسُّنَّةُ فِي الْوَقْتِ تَثْبُتُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ) أو حاملاً قد استبان حملها؛ لأنه إذا طلقها في حال الحيض طول عليها العدة، وإن طلقها في طهر قد جامعها فيه لم يؤمن أن يكون علقت من ذلك الجماع، فيندم على طلاقها، وهذا لا يتصور إلا في المدخولة. وأما غير المدخولة، فلا تثبت فيها السنة في الوقت حتى أنه لا يكره طلاقها وهي حائض؛ لأنها لا عدة عليها.

قوله: (وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا يُطَلِّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهْرِ وَالْحَيْضِ) وقال زفر: لا يطلقها في حالة الحيض.

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ لاَ تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ وَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا لِلسُّنَّةِ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً مَتَى شَاءَ)؛ لأن المانع من طلاق الحائض تطويل العدة، وخوف الحبل، وهذا معدوم في الآيسة والصغيرة.

وقال زفر: لا يطلقها حتى يمضي شهر بعد ما جاء معها، فإن أراد أن يحصل لها طلاق السنة بالعدد طلقها واحدة متى شاء، ثم يتركها حتى يمضي شهر، ثم يطلقها أخرى، ثم يتركها شهراً، ثم يطلقها أخرى.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَلاَ يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلاَقِهَا بِزَمَانٍ) يعني التي لا تحيض من صغر، أو كبر.

وقال زفر: يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر، والخلاف فيما إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل. أما إذا كانت يرجى منها ذلك، فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر إجماعاً.

قوله: (وَطَلاَقُ الْحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الْجِمَاعِ)؛ لأنه لا يؤدي إلى اشتباه العدة.

قوله: (وَيُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلاَثًا يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ عِنْدَهُمَا . وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ لاَ يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلاَّ وَاحِدَةً)؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر. وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة، وهي الأشهر أو الحيض، والشهر في حق الحامل ليس من فصولها، وهما يقيسانها على الآيسة والصغيرة.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الْحَيْضِ وَقَعَ الطَّلاَقُ وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا) الاستحباب قول بعض المشايخ، والأصح: أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر، وهو قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه: «مر ابنك فليراجعها وكان، قد طلقها وهي حائض»[1].

---

(1) قال ابن حجر في الدراية (69/2): قوله قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر: «مر ابنك فليراجعها»، وكان قد طلقها في حالة الحيض، متفق عليه من حديث ابن عمر مطولاً.

فإن قيل: الأمر إنما أثبت الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بالمراجعة، فكيف يثبت وجوب المراجعة بقول عمر؟

قلنا: فعل النائب كفعل المنوب عنه، فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم هو الذي أمره بالمراجعة، فثبت الوجوب.

قال الخجندي: والخلع في حالة الحيض مكروه في رواية الزيادات.

وفي المنتقى: لا بأس به في حالة الحيض إذا رأى منها ما يكره.

قوله: (فَإِنْ طَهُرَتْ وَحَاضَتْ ثُمَّ طَهُرَتْ فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا) وهذا قولهما.

وقال أبو حنيفة وزفر: إذا راجعها بالقول بعدما طلقها في الحيض جاز أن يطلقها في الطهر الذي يلي تلك الحيضة، وعلى هذا الخلاف إذا طلقها في طهر لا جماع فيه، ثم راجعها في ذلك الطهر بالقول، وأراد أن يطلقها أخرى للسنة في ذلك الطهر، فله ذلك عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: ليس له ذلك.

وقول محمد مضطرب ذكر الطحاوي أنه مع أبي حنيفة.

وذكر أبو الليث: أنه مع أبي يوسف وكذلك الاختلاف إذا راجعها باللمس، أو بالقبلة، أو بالنظر إلى الفرج وإن راجعها بالجماع ليس له ذلك إجماعاً.

قوله: (وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ إِذَا كَانَ بَالِغًا عَاقِلًا) سواء كان حرّاً، أو عبداً طائعاً، أو مكرهاً هازلاً كان، أو جادّاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل الطلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون»[1].

قوله: (وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ)؛ لأنه ليس لهما قول صحيح، وكذا

---

(1) قال ابن حجر في الدراية (69/2): حديث: «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى والمجنون»، لم أجده. وإنما روى ابن أبي شيبة عن ابن عباس موقوفاً: «لا يجوز طلاق الصبي». وأخرجه عن علي بإسناد صحيح: «كل طلاق جائز إلاطلاق المعتوه». وروى هذا مرفوعاً، عن أبي هريرة أخرجه الترمذي، وفي إسناد عطاء بن عجلان، وهو متروك. وروى عبدالرزاق من وجه آخر عن علي: «لا يجوز على الغلام طلاق حتى يحتلم».

وفي الباب: عن عائشة مرفوعاً: «لاطلاق ولا عتاق في إغلاق» أخرجه أبو داود وصححه الحاكم. وفي الموطأ عن ابن عمر وابن الزبير: أنهما قالا في الإكراه: «ليس بطلاق». وروى البيهقى عن عمر: أنه رد طلاق المكره. ولابن أبي شيبة عن ابن عباس: «ليس للمكره طلاق». وأخرجه عن علي وعمر وابن عمر وابن الزبير وعمر بن عبد العزيز والحسن وعطاء والضحاك.

المعـــتوه لا يقع طلاقه أيضاً، وهو من كان مختلط الكلام بعض كلامه مثل كلام العقلاء وبعضه مثل كلام المجانين. وهذا إذا كان في حال العته. أما في حالة الإفاقة، فالصحيح أنه واقـــع، وكـــذا النائم لا يقع طلاقه؛ لأنه عديم الاختيار، وكذا المغمى عليه، ومن شرب البنج.

ولـــو جرى على لسان النائم طلاق، لا عبرة به ولو استيقظ، وقال: أجزت ذلك الطلاق، أو أوقعته لا يقع؛ لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ ثُمَّ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَقَعَ طَلاَقُهُ)؛ لأن قوله صحيح إذا لم يؤثر في إسقاط حق مولاه، ولا حق للمولى في هذا النكاح.

قـــوله: (وَلاَ يَقَعُ طَلاَقُ مَوْلاَهُ عَلَى امْرَأَتِهِ) لقوله عليه الصلاة والسلام: «الطلاق بيد من ملك الساق»[1]؛ ولأن الحل حصل للعبد، فكان رفعه إليه.

{مطلب في إيقاع الطلاق}

قوله: (وَالطَّلاَقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ) فالصريح: ما ظهر المراد به ظهوراً بيناً، مثل: أنت طالق، أنت حرة، ومنه سمي القصر صرحاً لارتفاعه على سائر الأبنية.

والكناية: ما استتر المراد به.

قـــوله: (فَالصَّـــرِيحُ: قَوْلُهُ أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَقَدْ طَلَّقْتُك فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلاَقُ الرَّجْعِيُّ)؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق، ولا تستعمل في غيره.

قوله: (وَلاَ يَقَعُ بِهِ إِلاَّ وَاحِدَةٌ) وقال الشافعي يقع ما نوى.

قوله: (وَلاَ يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ) يعني الصريح لغلبة الاستعمال، وكذا إذا نوى الإبانة لا يصح؛ لأنه نوى تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة، فيرد عليه قصده، وإن نوى الطلاق عـــن وثاق لم يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يحتمله وإن صرح به فقال: أنت طالق من وثاق لم يقع شيء في القضاء، وإن نوى به الطلاق عن العمل لم يصدق قضاء ولا ديانة.

وعن أبي حنيفة: يدين فيما بينه وبين الله تعالى.

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء والتخفيف لا يكون طلاقاً إلا بالنية.

---

(1) أخـــرجه الطـــبراني في المعجم الكبير (179/17): باسناده عن عصمة قال: جاء مملوك إلى النبي صـــلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إن مولاي زوجني وهو يريد أن يفرق بيني وبين امرأتي قـــال: فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: «يا أيها الناس إنما الطلاق بيد من أخذ الساق».

ولو طلقها طلقة رجعية، ثم قال: جعلتها بائناً، أو ثلاثاً صار كذلك عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: تصير بائناً ولا تصير ثلاثاً.

وقال محمد وزفر: لا تصير بائناً ولا ثلاثاً، ولو قال: لها كوني طالقاً، أو أطلقي.

قال محمد: أراه واقعاً، وكذا إذا قال لأمته: كوني حرة، أو أعتقي.

قوله: (وَقَوْلُهُ أَنْت الطَّالِقُ وَأَنْت طَالِقٌ الطَّلَاقَ وَأَنْت طَالِقٌ طَلَاقًا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ وَإِنْ نَوَى اثْنَتَيْنِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ أَيْضًا وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا فَهِيَ ثَلَاثٌ)، وكذا إذا قال: أنت طلاق يقع به الطلاق أيضاً، ولا يحتاج فيه إلى نية ويكون رجعياً وتصح نية الثلاث فيه؛ لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة؛ لأنه اسم جنس، ولا تصح نية الثنتين فيه خلافاً لزفر هو يقول: إن الثنتين بعض الثلاث، فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها. ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً، حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار الجنسية. أما الثنتان في حق الحرة عدد، واللفظ لا يحتمل العدد. ولو قال: أنت طالق الطلاق، وقال: أردت بقولي طالق واحدة، وبقولي الطلاق أخرى صدق؛ لأن كل واحدة منهما صالحة للإيقاع، فكأنه قال: أنت طالق وطالق، فيقع رجعيتان إذا كانت مدخولاً بها.

قوله: (وَإِنْ نَوَى اثْنَتَيْنِ لَمْ يَقَعْ إِلاَّ وَاحِدَةٌ) هذا إذا كانت حرة. أما إذا كانت أمة يقع ثنتان، وتحرم، أو يكون قد تقدم على الحرة واحدة، فيقع اثنتان إذا نواهما يعني مع الأولى.

ولو قال: أنت طالق طلاقاً، ولا نية له وقعت واحدة؛ لأن المصدر إنما يفيد التأكيد لا غير كقولك: قمت قياماً، وأكلت أكلاً، والتأكيد لا يفيد إلا ما أفاده المؤكد. وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً في رواية الأصل؛ لأن المصدر يفيد معنى الكثرة.

وعن أبي حنيفة: لا يقع إلا واحدة، ولو قال: يا مطلقة بالتشديد وقع عليها الطلاق؛ لأنه وصفها بذلك، فإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق لا يقع إلا بالنية إلا في حال مذاكرة الطلاق.

ولو قال: يا طالق بكسر اللام وقع الطلاق، وإن لم ينوه.

ولو قال: أنت طالق طالق، أو قال: أنت طالق أنت طالق، وقال: عنيت الأول صدق ديانة، وكذا إذا قال: قد طلقتك قد طلقتك، أو أنت طالق قد طلقتك، أو قال: أنت طالق، فقال له: رجل ما قلت، قال: قد طلقتها، أو قال: قلت: هي طالق، فهي واحدة في القضاء.

ولو قال للمدخول بها: أنت طالق أنت، أو أنت طالق وأنت.

قال أبو يوسف: يقع واحدة.

وقال محمد: ثنتان.

قوله: (وَالضَّرْبُ الثَّانِي الْكِنَايَاتُ لاَ يَقَعُ بِهَا الطَّلاَقُ إلاَّ بِنِيَّةٍ أَوْ دَلاَلَةِ حَالٍ)؛ لأنها تحتمل الطلاق وغيره، فلا بد من النية، أو الدلالة.

قوله: (وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ مِنْهَا ثَلاَثَةُ أَلْفَاظٍ يَقَعُ بِهَا الرَّجْعِيُّ وَلاَ يَقَعُ بِهَا إلاَّ وَاحِدَةً، وَهُوَ قَوْلُ اعْتَدِّي وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَك وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ) أما قوله: «اعتدي»؛ فلأنه يحتمل الاعتداد من النكاح، والاعتداد بنعم الله، فيحتاج إلى النية.

وقوله: «استبرئي رحمك»: يحتمل؛ لأني قد طلقتك، ويحتمل أني أريد طلاقك.

وقوله: «أنت واحدة»: يحتمل أن يكون نعتاً لمصدر محذوف أي تطليقة واحدة، ويحتمل «أنت واحدة في قومك» ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ، وهو الصحيح؛ لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب.

وقال بعضهم: إن نصب الواحدة يقع نوى، أو لم ينو وإن رفع لا يقع شيء، وإن نوى وإن سكنها ففيه الكلام، والصحيح: أن الكل سواء في أنه لا يقع إلا بالنية

قوله: (وَبَقِيَّةُ الْكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلاَقَ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً) الكنايات كلها بوائن إلا الثلاثة التي ذكرناها.

وقال الشافعي: كلها رجعي.

قوله: (وَإِنْ نَوَى ثَلاَثًا كَانَ ثَلاَثًا)؛ لأن البينونة تتنوع إلى غليظة وخفيفة، فتارة تكون البينونة بواحدة، وتارة تكون بالثلاث، فيقع ما نوى منها.

قوله: (وَإِنْ نَوَى اثْنَتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً) ولا تصح نية الثنتين عندنا.

وقال زفر: يقع اثنتان.

لنا: أن البينونة لا تتضمن العدد ألا ترى أنك لا تقول أنت بائنتان، فلا يصح أن يقع بالنية ما لم يتضمنه الكلام، وليس كذلك إذا أراد الثلاث؛ لأنها لا تقع من حيث العدد، ولكنها نوع بينونة ولهذا إذا قال لزوجته الأمة: أنت بائن ينوي اثنتين وقعتا؛ لأنها البينونة العليا في حقها كالثلاث في الحرة.

قوله: (وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ أَنْتِ بَائِنٌ وَبَتَّةٌ وَبَتْلَةٌ وَحَرَامٌ وَحَبْلُك عَلَى غَارِبِك وَالْحَقِي بِأَهْلِك وَخَلِيَّةٌ وَبَرِيَّةٌ إِلَى آخِرِهِ)؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، فلا بد من النية.

فقوله: «أنت بائن»: يحتمل البينونة من النكاح، ويحتمل من الدين؟

وقوله: «وبتة»: البت هو القطع، فيحتمل القطع من النكاح، وعن المروءة والخير. وبتلة بمنـــزلة بتة.

وقوله: «حرام»: يحتمل الطلاق، واليمين، و«حبلك على غاربك»: يحتمل؛ لأنك قد بنت مني: ويحتمل أنك لا تطيعيني، و«الحقي بأهلك» يحتمل؛ لأني طلقتك، ويحتمل الزيادة لأهلها، و«خلية»: يحتمل من النكاح ومن الخير ومن الشغل، و«برية»: يحتمل من النكاح ومن الدين.

وقوله: «ووهبتك لأهلك»: سواء قبلوها، أو لم يقبلوها يحتمل، وهبتك لهم؛ لأنك قد بنت مني، ويحتمل هبة العين.

وعن أبي حنيفة: إذا قال: وهبتك لأهلك، أو لأبيك، أو لأمك، أو للأزواج، فهو طلاق إذا نوى؛ لأنها ترد بالطلاق على هؤلاء، ويملكها الأزواج بعد الطلاق، وإذا قال: وهبــتك لأخــيك، أو لعمك، أو لخالك، أو لفلان الأجنبي لم يكن طلاقها؛ لأنها لا ترد بالطلاق على هؤلاء.

وقــوله: «وسرحتك، وفارقتك»: هما كنايتان عندنا؛ لأنهما يستعملان في الطلاق وغيره، يقال: سرحت إبلي، وفارقت صديقي.

فقوله: «سرحتك»: يحتمل بالطلاق، ويحتمل في حوائجي.

و«فارقتك»: يحتمل الطلاق، ويحتمل ببدني.

وقوله: «وأنت حرة»: يفيد التحريم، ويحتمل كونها حرة.

وقوله: «وتقنعي»: يحتمل؛ لأنك مطلقة، ويحتمل ستر العورة. ومثله «واستتري»، وقوله: «واغربي»: يحتمل؛ لأنك قد بنت مني، ويحتمل أنك لا تطيعيني، ومثله: «اعزبي»: بالعين المهملة والزاي، ومعناه: غيبي وابعدي. ومنه قوله تعالى: ﴿ وَمَا يَعْزُبُ عَن رَّبِّكَ مِن مِّثْقَالِ ذَرَّةٍ﴾ [1]. والعزوب البعد والذهاب.

وقوله: «وأبتغي الأزواج»: يحتمل؛ لأني طلقتك، ويحتمل إبعادها منه.

ومــن الكنايات أيضاً: «اخرجي واذهبي وقومي وتزوجي وانطلقي وانتقلي»: ولا نكـــاح بيني وبينك، ولا سبيل لي عليك، ولا نكاح لي عليك، فإن أراد به الطلاق كان طلاقاً، وإلا فلا.

---

(1) سورة يونس: 61.

ولو قال: أنا بريء من نكاحك وقع الطلاق إذا نواه.

وإن قـــال: أنـــا بـــريء من طلاقك لا يقع شيء؛ لأن البراءة من الشيء ترك له وإعـــراض عنه والمعرض عن الطلاق لا يكون مطلقاً، والمعرض عن النكاح يكون مطلقاً كذا في الواقعات.

ولو قال: «خذي طلاقك»، فقالت: قد أخذته طلقت.

ولو قال لها: طلقك الله، أو قال لأمته: أعتقك الله وقع الطلاق والعتاق نوى أو لم ينو.

ولو قال: جميع نساء الدنيا طوالق تطلق امرأته ولا يصدق في القضاء أنه لم ينوها، وإن قال عبيد أهل الدنيا أحرار.

قال أبو يوسف: لا يعتق عبده.

وقـــال محمد: يعتق ولو قال أولاد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده إجماعاً، وكذا في الواقعات.

ولـــو قال: لست لي امرأة، أو قال: ما أنت لي بامرأة كان طلاقاً عند أبي حنيفة، وكـــذا ما أنا بزوجك، أو سئل هل لك امرأة، فقال: لا، فإنه إن نوى الطلاق كان طلاقاً عند أبي حنيفة.

وقـــال أبو يوسف ومحمد: لا يكون شيء من ذلك طلاقاً نوى أو لم ينو؛ لأن نفي الزوجية كذب، فلا يقع به شيء كقوله: لم أتزوجك.

وقد اتفقوا جميعاً على أنه لو قال: والله ما أنت لي بامرأة، أو لست، والله لي بامرأة أنه لا يقع به شيء وإن نوى؛ لأن اليمين على النفي يتناول الماضي، وهو كاذب فيه، فلا يقع شيء؛ ولأنه لما أكد النفي باليمين صار ذلك إخباراً لا إيقاعاً؛ لأن اليمين لا يؤكد بها إلا الخـــبر، والخبر لا يقع به الطلاق ألا ترى أنه لو قال: كنت طلقتك أمس لم يقع بذلك شيء إذا لم يكن طلقها أمس، كذا في شرحه. ولو قال: لا حاجة لي فيك ينوي الطلاق، فليس بطلاق: ولو قال: أفلحي، أو فسخت النكاح بيني وبينك ينوي الطلاق كان طلاقاً.

قـــوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ لَمْ يَقَعْ بِهَذِهِ الأَلْفَاظِ طَلاَقٌ إِلاَّ أَنْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلاَقِ)، وهو أن تطالبه بالطلاق، أو تطالبه بطلاق غيرها.

قـــوله: (فَـــيَقَعُ بِهَا الطَّلاَقُ فِي الْقَضَاءِ وَلاَ يَقَعُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِلاَّ أَنْ يَنْوِيَهُ) أما إذا كانا في مذاكرة الطلاق، فإنه يقع بكل لفظة تدل على الفرقة، كقوله: «أنت حـــرام وأمـــرك بيدك واختاري واعتدي وأنت خلية وبرية وبائن»؛ لأن هذه الألفاظ لما

خرجت جواباً لسؤالها الطلاق كان ذلك طلاقاً في الظاهر، وإنما لم يقع فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يحتمل أن يكون جواباً لها ويحتمل أن يكون ابتداء، فلا يقع إلا بالنية.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ وَكَانَا فِي غَضَبٍ أَوْ خُصُومَةٍ وَقَعَ الطَّلَاقُ بِكُلِّ لَفْظَةٍ لاَ يَقْصِدُ بِهَا السَّبَّ وَالشَّتِيمَةَ) مثل: «اعتدي اختاري أمرك بيدك»؛ لأن هذه الألفاظ لا تصلح للشتيمة، بل تحتمل الفرقة، وحال الغضب حال الفرقة، فالظاهر من كلامه الفرقة.

فحاصله: أن الكنايات ثلاثة أقسام:

1 - كنايات.

2- ومدلولات.

3- وتفويضات.

فالكنايات: «أنت حرام وبائن وبتة وبتلة وخلية وبرية واعتدي واستبرئي رحمك». فإن تكلم بها في مذاكرة الطلاق، وقال: لم أرد به الطلاق لم يصدق، وإن تكلم بها في حالة الرضا إن نوى بها الطلاق وقع وإلا فلا، ويصدق أنه لم ينو الطلاق، وإن تكلم بها في حالة الغضب صدق في خمسة ألفاظ أنه لم يرد بها الطلاق، وهي أنت حرام وبائن وبتة وخلية وبرية؛ لأن هذه تصلح للشتيمة يحتمل بائن من الدين وبتة من المروءة، وخلية من الخير، وبرية من الإسلام، وحرام الاجتماع معك، والحال حال الشتيمة، فالظاهر أنه أرادها، ولم يرد الطلاق.

والمدلولات: اذهبي وقومي واستتري وتقنعي واخرجي والحقي بأهلك وحبلك على غاربك، ولا نكاح بيني وبينك وأشباه ذلك، فإن نوى بها الطلاق وقع بائناً وإن نوى ثلاثاً، فثلاث وإن لم ينو لا يكون طلاقاً سواء كانا في حالة الرضا، أو الغضب، أو مذاكرة الطلاق.

والتفويضات: أمرك بيدك اختاري، ففي حالة الغضب لا يصدق في التفويضات ولا في الكنايات الرجعية، يعني لا يصدق في التفويضات إذا قالت مجيبة له: اخترت نفسي، أو طلقت نفسي، ثم في قولها: اخترت نفسي يقع طلقة بائنة، وفي قولها: طلقت نفسي واحدة رجعية.

قوله: (وَإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ وَبِضَرْبٍ مِنْ الزِّيَادَةِ وَالشِّدَّةِ كَانَ بَائِنًا)؛ لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ، فإذا وصفه بزيادة أفاد معنى ليس في لفظه.

قوله: (مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ أَوْ

طَـلاَقَ الشَّيْطَانِ أَوْ طَلاَقَ الْبِدْعَةِ أَوْ كَالْحَبْلِ أَوْ مِلْءِ الْبَيْتِ)، وكذا أخبث الطلاق، أو أســوأ الطلاق، أو أنت طالق ألبتة. وإذا قال: أنت طالق أقبح الطلاق، ونوى ثلاثاً، فهي ثلاث، وإن نوى واحدة، فهي واحدة رجعية عند أبي يوسف.

وقال محمد: بائنة.

وفي الهداية: إذا قال أنت طالق أشد الطلاق، أو كألف، أو ملء البيت، فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثاً، فيكون ثلاثاً لذكر المصدر.

وفي شـــرحه: إذا قال كألف إن نوى ثلاثاً، فثلاث، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن لم يكن له نية فواحدة بائنة عندهما.

وقـــال محمـــد: هي ثلاث؛ لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد كما إذا قال كعدد الألف

قال محمد: فإن نوى واحدة بائنة دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولا أدينه في القضاء. وإن قال: واحدة كألف فهي واحدة بائنة إجماعاً، ولا يكون ثلاثاً وإن نوى؛ لأن الواحدة لا تحـــتمل الـــثلاث، وإن قال: أنت طالق كعدد الألف، أو مثل عدد الألف، أو كعدد ثلاث، أو مثل عدد ثلاث، فهي ثلاث وإن نوى غير ذلك.

قال الخجندي: إذا قال أنت طالق مثل الجبل، أو مثل عظم الجبل، أو ملء الكون، أو ملء البيت، أو كألف، أو مثل ألف كان بائناً في ظاهر الرواية بالإجماع.

والأصـــل أن عـــند أبي حنيفة: متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً بأي شيء شبهه صغيراً كان، أو كبيراً سواء ذكر العظم أو لا.

وعـــند أبي يوسف: إن ذكر العظم كان بائناً، وإلا فلا سواء كان المشبه به صغيراً، أو كبيراً، وإن لم يذكر العظم يكون رجعياً.

وعند زفر: إن كان المشبه به يوصف بالشدة والعظم كان بائناً وإلا، فهو رجعي.

ومحمد قيل مع أبي حنيفة، وقيل مع أبي يوسف.

بـــيانه: إذا قـــال: أنت طالق مثل عظم رأس الإبرة كان بائناً عند أبي حنيفة، وأبي يوسف.

وقال زفر: هو رجعي، وإن قال: مثل رأس الإبرة، أو مثل حبة الخردل، فهو بائن عـــند أبي حنيفة، ورجعي عند أبي يوسف وزفر. وإن قال: مثل الجبل كان بائناً عند أبي حنيفة وزفر.

وقـــال أبو يوسف: رجعي، وإن قال مثل عظم الجبل كان بائناً إجماعاً. فإن نوى بهذه الألفاظ كلها ثلاثاً كان ثلاثاً بالإجماع. وإن قال: أنت طالق مثل عدد كذا: وأضاف

إلى شيء ليس له عدد كما إذا قال: أنت طالق عدد الشمس، أو عدد القمر، فهي واحدة بائنة عند أبي حنيفة، ورجعية عند أبي يوسف. ولو قال: كالنجوم فواحدة عند محمد؛ لأن معناه كالنجوم ضياء إلا أن ينوي العدد، فيكون ثلاثاً، وإن قال: أنت طالق عدد التراب، فهي واحدة عند أبي يوسف، وثلاث عند محمد. وإن قال: عدد الرمل، فهي ثلاث إجماعاً. وإن قال: أنت طالق لا قليل ولا كثير يقع ثلاثاً هو المختار؛ لأن القليل واحدة، والكثير ثلاث، فإذا قال: أولاً لا قليل، فقصد الثلاث. ثم لا يعمل قوله: «ولا كثير»: بعد ذلك، وإن قال لا كثير، ولا قليل يقع واحدة على هذا القياس كذا في الواقعات. وإن قال: أنت طالق مراراً تطلق ثلاثاً إذا كانت مدخولاً بها، كذا في النهاية.

وإن قال: أنت طالق عدد ما في هذا الحوض من السمك وليس فيه سمك يقع واحدة، وإن قال: أنت طالق تطليقة شديدة، أو قوية، أو عريضة، أو طويلة، فهي واحدة بائنة.

وعن أبي يوسف: رجعية؛ لأن هذا الوصف لا يليق بها، فيلغو، وإن قال: أنت طالق من ههنا إلى الشام، أو إلى بلد كذا كان رجعيّاً عندنا.

وعند زفر: طلقة بائنة، وإن قال: طلقة نبيلة، أو جميلة، أو عدلة، أو حسنة. ففي ظاهر الرواية: يقع للحال سواء كان حالة حيض، أو طهر ولا يكون للسنة.

وعن أبي يوسف: للسنة، ويقع في وقت السنة، وإن قال: أنت طالق للسنة، أو للعدة، أو طلاق الدين، أو طلاق الإسلام، أو طلاق السنة، أو أحسن الطلاق، أو أعدله، أو أخيره، أو طلاق الحق، أو على السنة، فهذا كله للسنة، إن صادف وقت السنة يقع، وإلا فينتظر إلى وقت السنة، يعني أنه يقع إذا كانت المرأة طاهرة من غير جماع، أو حاملاً، قد استبان حملها، وإن قال: أنت طالق على أني بالخيار طلقت، ولا خيار له وإن قال: أنت طالق إلى سنة طلقت عند مضي السنة عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال زفر: طلقت في الحال كذا في الينابيع.

ولو قال: أنت طالق ما لا يجوز عليك من الطلاق طلقت واحدة.

وقوله: «ما لا يجوز عليك» باطل، وإن قال: أنت طالق على أنه لا رجعة لي عليك يلغو، ويملك الرجعة.

وقيل: يقع واحدة بائنة، وإن نوى الثلاث فثلاث، وإن قال: أنت طالق. فقيل له بعد ما سكت كم، فقال: ثلاث فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يقع ثلاث، وإن قال: أنت طالق كذا، وأشار بالإبهام والسبابة والوسطى، فهي ثلاث؛ لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد، فإن نوى المضمومتين لا يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله

تعالى، وإن قال: أنت طالق كذا، وأشار بواحدة، فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهما اثنتان، والإشارة تقع بالمنشورة.

وقيل: إذا أشار بظهورها فبالمضمومة يعني إذا جعل ظاهر الكف إلى المرأة وبطون الأصابع إلى نفسه، فالمعتبرة في الإشارة بعدد ما قبضه من أصابعه دون ما أرسله. ولو قالت له: طلقني وطلقني وطلقني، فقال: قد طلقتك فهي ثلاث نوى أو لم ينو؛ لأنها أمرته بالثلاث وهذا يصلح جواباً، وإن قالت: طلقني طلقني وطلقني بغير واو، فقال: طلقتك إن نوى واحدة فواحدة وإن نوى ثلاثاً، فثلاث وإن قالت: طلقني ثلاثاً، فقال: أنت طالق، أو فأنت طالق، فهي واحدة، وإن قال: قد طلقتك، فهي ثلاث كذا في الواقعات.

قوله: (وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا أَوْ إِلَى مَا يُعَبَّرُ به عَنْ الْجُمْلَة وَقَعَ الطَّلَاقُ مثْلَ أَنْ يَقُولَ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ رَقَبَتُكِ طَالِقٌ أَوْ عُنُقُكِ أَوْ رُوحُكِ أَوْ جَسَدُكِ أَوْ فَرْجُكِ أَوْ وَجْهُكِ)؛ لأن كل واحدة من هذه الأشياء يعبر به عن الجملة، ولهذا ينعقد البيع بالإضافة إليها مثل أن يقول: بعتك رقبة هذه الجارية، أو جسدها، أو فرجها فكذا في الطلاق. وكذا إذا قال نفسك طالق، أو بدنك، وكذا الدم في رواية إذا قال دمك طالق فيه روايتان الصحيحة منهما يقع؛ لأن الدم يعبر به عن الجملة يقال ذهب دمه هدراً، وإذا قال الرأس منك طالق، أو الوجه منك طالق، أو وضع يده على رأسها، أو وجهها، وقال: هذا العضو طالق لا يقع الطلاق؛ لأنه لم يضفه إليها، وكذا العتاق مثل الطلاق.

قوله: (وَكَذَا إِنْ طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعًا مِثْلَ أَنْ يَقُولَ نِصْفُكِ طَالِقٌ أَوْ ثُلُثُكِ) أو ربعك، أو سدسك، أو عشرك. وإن قال: أنت نصف طالق طلقت كما إذا قال: نصفك طالق.

قوله: (وَإِنْ قَالَ يَدُكِ طَالِقٌ أَوْ رِجْلُك طَالِقٌ لاَ يَقَعُ الطَّلَاقُ)، وكذا إذا قال: ثديك طالق.

وقال زفر والشافعي: يقع، وكذا اللسان والأنف والأذن والساق والفخذ على هذا الخلاف.

فإن قيل: اليد بمنزلة الرأس يعبر بها عن الجميع، قال عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[1]؟

---

(1) قال ابن حجر في الدراية (2/200): حديث: «على اليد ما أخذت حتى ترد» الأربعة والحاكم وأحمد والطبراني كلهم من رواية الحسن، عن سمرة بلفظ: «حتى تؤدي». وأخرجه ابن أبي شيبة من هذا الوجه بلفظ: «حتى تؤديه».

قيل: أراد باليد صاحبها، وعندنا: إذا قال الزوج أردت صاحبتها طلقت، ولأنه يجوز أن تكون اليد هناك عبارة عن الكل مقروناً بالأخذ؛ لأن الأخذ باليد يكون ولا يكون كذلك مقروناً بالطلاق.

وجه قول زفر: أنه جزء مستمتع به بعقد النكاح، فيكون محلاً للطلاق، ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح، فإنه لا يجوز إجماعا؛ لأن التعدي ممتنع؛ إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء، وفي الطلاق الأمر على العكس.

ولنا: أنه أضاف الطلاق إلى غير محله، فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها، أو ظفرها وهذا؛ لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد؛ لأن الطلاق ينبئ عن رفع القيد، ولا قيد في السيد يعني بطريق الأصالة، حتى لا تصح إضافة النكاح إليها إجماعاً. وإنما ملكت بملك النكاح تبعاً لا أصالة. ومعناه: أنه لا يصح إضافة النكاح إلى اليد والرجل بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه، فكذا يكون محلاً للطلاق.

وفي الفتاوى: إذا أضاف النكاح إلى نصف المرأة، فيه روايتان: الصحيحة منهما أنه لا يصح، وإن قال: دبرك طالق لا تطلق، وكذا في المملوكة لا تعتق؛ لأنه لا يعبر به عن جميع البدن.

واختلفوا في الظهر والبطن؟

والأظهر أنه لا يقع؛ لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن، وإن قال: شعرك طالق، أو ظفرك، أو ريقك، أو دمعك، أو عرقك لم تطلق بالإجماع؛ لأنه لا يصح إضافة النكاح إليه.

قوله: (وَإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ أَوْ ثُلُثَ تَطْلِيقَةٍ كَانَتْ طَالِقًا وَاحِدًا)؛ لأن الطلاق لا يتجزأ، وعلى هذا إذا قال: أنت طالق طلقة، وربعاً، أو طلقة ونصفاً طلقت اثنتين، وإن قال: طلقة ونصفها لم يقع إلا واحدة؛ لأنه أضاف النصف إلى الموقعة، وقد وقعت جملتها، فلم تقع ثانياً، وهذا قول بعضهم، والمختار: أنه يقع ثنتان، وإن قال: أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت واحدة، وإن أثبت الواو طلقت ثلاثا؛ لأن العطف غير المعطوف عليه. ولو كان له أربع نسوة، فقال: بينكن تطليقة طلقت كل واحدة تطليقة كاملة، وكذا إذا أوقع بينهن اثنتين، أو ثلاثاً، أو أربعاً وقع على كل واحدة طلقة، فإن نوى أن تكون كل طلقة بينهن جميعاً وقع عليهن ثلاث؛ لأنه شدد على نفسه، وإن قال: بينكن خمس تطليقات طلقت كل واحدة اثنتين، وكذا إلى الثمان، وإن قال: بينكن تسع تطليقات وقع على كل واحدة ثلاث، وإن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثة

أنصاف تطليقتين طلقت ثلاثاً؛ لأن نصف تطليقة طلقة، فإذا قال: ثلاثة أنصاف كن ثلاثاً، وإن قال ثلاثة أنصاف طلقة، قيل: يقع ثنتان؛ لأنها طلقة ونصف فتكامل، وقيل: يقع ثلاث؛ لأن نصف كل تطليقة تتكامل في نفسها. وإن قال: نصف طلقة ثلث طلقة وربع طلقة يقع ثلاث؛ لأنه أضاف كل جزء إلى طلقة نكرة، والنكرة إذا أعيدت كان الثاني غير الأول، وإن قال نصف طلقة وثلثها وسدسها فهي واحدة؛ لأنه أضاف كل جزء إلى تطليقة معرفة بالكناية، والمعرفة إذا أعيدت كان الثاني هو الأول.

قوله: (وَطَلَاقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ وَاقِعٌ) أما المكره، فطلاقه واقع عندنا.

وقال الشافعي: لا يقع والخلاف فيما إذا أكره على لفظ الطلاق. أما إذا أكره على الإقرار به، فأقر به لا يقع إجماعاً؛ لأنه لم يقصد به إيقاع الطلاق، بل قصد الإقرار والإقرار يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه يدل على أنه كاذب والهازل بالطلاق يقع طلاقه لقوله عليه السلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والعتاق والطلاق»[1].

وقوله: «والسكران»: هذا إذا سكر من الخمر والنبيذ. أما من البنج والدواء لا يقع كالمغمى عليه.

وفي شاهان: هذا إذا لم يعلم أنه بنج، أما إذا علم يقع.

وفي المحيط: السكر من البنج حرام، وطلاقه واقع ،وإن ارتد السكران لا تبين امرأته منه؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السكر، وإن أكره على شرب الخمر، أو شربه عند الضرورة، فسكر، فطلق، أو أعتق.

قال في الكرخي: يقع.

وفي البزدوي: لا يقع، وهو الصحيح.

وفي الينابيع: الطلاق من السكران واقع سواء شرب الخمر طوعاً، أو كرهاً، أو مضطراً.

مسألة: عشرة أشياء تصح مع الإكراه:

1 - النكاح.

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه في كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله (باب: ما جاء في الجد والهزل في الطلاق) وأبو داود في سننه في كتاب الطلاق (باب: في الطلاق على الهزل)، وابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق (باب: من طلق أو نكح أو راجع لاعباً) بلفظ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة».

2- والطلاق.

3- والعتاق.

4- والرجعة.

5- والإيلاء.

6- والفيء فيه.

7- والظهار.

8- واليمين.

9- والنذر.

10- والعفو عن القصاص.

وأما السكران: فجميع تصرفاته نافذة؛ لأنه زال عقله بما هو معصية، فلا يعتبر زواله زجراً له، ولأنه مكلف بدلالة أنه يلزمه الحد بالقذف، والقود بالقتل؛ ولأنه مخاطب بالشرائع قال الله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾[1].

واختار الكرخي والطحاوي: أن طلاق السكران لا يقع؛ لأنه زائل العقل.

قلنا: زال بسبب هو معصية، فجعل باقياً حكماً زجراً له.

وقد قالوا: إن الطلاق يقع من الإنسان، وإن لم يقصده مثل أن يريد أن يقول لامرأته: اسقني، فسبق لسانه، فقال: أنت طالق طلقت، وكذا العتاق في الصحيح. وروى هشام عن محمد: أنه إذا أراد أن يقول لعبده: اسقني، فقال: أنت حر لا يعتق بخلاف الطلاق، والصحيح أنه يقع فيهما.

قوله: (وَيَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا قَالَ: نَوَيْتُ بِهِ الطَّلَاقَ) يعني المكره والسكران؛ لأن الإكراه والسكر لا يؤثران في الطلاق. فإذا أخبر أنه كان قاصداً لذلك فقد أكده فوقع وهذا اختيار الكرخي والطحاوي.

ويحتمل أن الشيخ ترجح قولهما عنده، فإذا أفاق السكران، وأقر على نفسه أنه نوى الطلاق صدق عند الكرخي والطحاوي، ويقع الطلاق حينئذ بالإجماع.

وقال عامة أصحابنا: إن صريح الطلاق من السكران من الخمر والنبيذ يوقع الطلاق من غير نية، فعلى هذا القول يحتمل أن يكون قوله: «ويقع الطلاق إذا قال: نويت به الطلاق»، وقع سهواً من الكاتب.

---

(1) سورة النساء: 43.

وفي بعض النسخ: «ويقع الطلاق بالكنايات إذا قال: نويت به الطلاق»، وهو صواب؛ لأن الكنايات هي التي تفتقر إلى النية.

وفي بعض النسخ: «ويقع الطلاق بالكتاب» فإن كان كذا، فالمراد به إذا كتب طلاق امرأته كتاباً مستبيناً على لوح، أو حائط، أو رمل، أو ورق الأشجار، أو غير ذلك، وهو مستبين إن نوى الطلاق وقع، وإن لم ينو لا يقع.

وقيل: المستبين كالصريح. وأما إذا كان لا يستبين بأن كتب في الهواء، أو على الماء، أو على الحديد، أو على صخرة صماء لا يقع نوى أو لم ينو بالإجماع. وأما إذا كتب على وجه الكتابة والرسالة والخطاب مثل أن يكتب: يا فلانة إذا أتاك كتابي هذا، فأنت طالق، فإنها تطلق بوصول الكتاب إليها، ولا يصدق أنه لم ينو الطلاق.

قوله: (وَيَقَعُ طَلَاقُ الأَخْرَسِ بِالإِشَارَةِ) هذا على وجهين: إن كانت الإشارة يعرف بها كلامه وقع، وإن كانت لا يعرف بها كلامه لا يقع؛ لأنا تيقنًا بقاء نكاحه وشككنا في زواله، ولا يزول بالشك، ثم طلاقه المفهوم بالإشارة إذا كان دون الثلاث فهو رجعي.

قوله: (وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ لأَجْنَبِيَّةٍ إِنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ) فإنه إذا تزوجها طلقت عندنا، ثم إذا طلقت وجب لها نصف الصداق، وإن دخل بها وجب لها مهر مثلها، ولا يجب الحد. ثم إذا تزوجها مرة أخرى لا تطلق؛ لأن «إن» لا توجب التكرار. وأما «كل» فإنها تكرر الأسماء ولا تكرر الأفعال، حتى لو تزوج امرأة أخرى طلقت.

قال الإمام ظهير الدين: إنما يقع الطلاق في قوله: «إن تزوجتك فأنت طالق» إذا كان وقت التعليق، وهي غير مطلقة بالثلاث. أما إذا طلقها ثلاثاً، ثم قال لها: إن تزوجتك، فأنت طالق، ثم تزوجها بعد زوج آخر لم تطلق.

قال في المنتقى: رجل قال: إن تزوجت امرأة، فهي طالق، وكلما حلت حرمت، فتزوجها، فبانت بثلاث ثم تزوجها بعد زوج، فإنه يجوز، فإن عنى بقوله: «كلما حلت حرمت الطلاق»، فليس بشيء، وإن لم يرد به طلاقاً فهو يمين.

قوله: (وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ لامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ) هذا بالاتفاق؛ لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه **إلى وقت الشرط**؛ ولأنه إذا علقه بالشرط صار عند وجود الشرط كالمتكلم بالطلاق في **ذلك الوقت**، فإذا وجد الشرط والمرأة في ملكه وقع الطلاق كأنه قال لها: في ذلك الوقت أنت **طالق**، وإن كانت خرجت من ملكه بعد هذا القول ثم وجد الشرط، وهي في غير ملكه لم

تطلق وانحلت اليمين لما بينا أنه يصير عند وجود الشرط كالمتكلم بالطلاق. ولو قال لها: وقد خرجت من ملكه أنت طالق لم تطلق.

حاصله: إذا قال لها: إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم أبانها وانقضت عدتها ودخلت الدار انحلت اليمين لوجود الشرط، ولم يقع عليها طلاق؛ لأن المعلق عند وجود الشرط كالمتكلم بالجواب في ذلك الوقت من طريق الحكم.

فإن قيل: أليس إذا قال الصحيح لامرأته إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم جن فدخلت، فإنها تطلق، وإن كان لو ابتدأه لم يقع؟

قلنا: إنما اعتبرنا الوقوع حكماً، والمجنون إنما يقع طلاقه من طريق الحكم، ألا ترى أن العنين إذا أجل فمضت المدة وقد جن، فإن القاضي يفرق بينهما، ويكون ذلك طلاقاً في الصحيح. ولو قال المجنون لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق فدخلت، وهو صحيح لم تطلق لما قلنا. ولو قال ذلك الصحيح فدخلت وهو مجنون طلقت.

قوله: (وَلاَ يَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلاَقِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُ مَالِكًا أَوْ يُضِيفَهُ إِلَى مِلْكٍ) فإن قال لأجنبية: إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم تزوجها، فدخلت الدار لم تطلق؛ لأنه لم يوقع الطلاق في نكاح، ولا أضافه إلى نكاح.

قوله: (وَأَلْفَاظُ الشَّرْطِ إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَكُلٌّ وَكُلَّمَا وَمَتَى وَمَتَى مَا) إنما قال وألفاظ الشرط، ولم يقل وحروف الشرط؛ لأن بعضها أسماء، وبعضها حروف.

فالأسماء: مثل «كل» و«إذا»، ولهذا يدخلهما التنوين، فيقال: كل وإذا، والتنوين علامة الاسمية، وكذا «متى» اسم للوقت المبهم. والألفاظ تتناول الحروف والأسماء؛ لأن كل واحد منهما لفظ، فلهذا قال: «وألفاظ» ليشمل الحروف والأسماء وإنما بدأ بـ«إن»؛ لأنها صرف للشرط ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها، و«إذا» تصلح للوقت والشرط، فيجازى بها تارة، ولا يجازى بها تارة، و«متى» اسم للوقت المبهم، ولزم في باب المجازاة، مثل «إن»، لكن مع قيام الوقت، و«كل» للإحاطة على سبيل الإفراد، وهي تعم الأسماء؛ لأنها تلازمها، فإذا وصلت بـ«ما» أوجبت عموم الأفعال وإنما جعلت هذه شروطاً؛ لأن الأفعال تليها، والشرط إنما جعل شرطاً للفعل، ولهذا قالوا: إن كلمة «كل» ليست بشرط على الحقيقة؛ لأن الذي يليها الاسم دون الفعل، إلا أنها جعلت في معنى الشرط؛ لأن الأفعال المذكورة بعدها تعود على الأسماء التي وقعت عليها «كل»، فيكون ذلك الفعل بمعنى الشرط مثل «كل عبد اشتريته فهو حر».

قوله: (وَكُلُّ هَذِهِ الشُّرُوطِ إِذَا وُجِدَتْ انْحَلَّتْ الْيَمِينُ) أي انتهت؛ لأنها غير

مقتضية للعموم والتكرار، فبوجود الشرط مرة يتم الشرط، ولا بقاء لليمين بدونه.

قوله: (إِلاَّ فِي كُلَّمَا فَإِنَّ الطَّلاَقَ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الشَّرْطِ حَتَّى يَقَعَ ثَلاَثَ تَطْلِيقَاتٍ)؛ لأن «كلما» تقتضي تعميم الأفعال، قال الله تعالى: ﴿ كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا ﴾[1]، و﴿ كُلَّمَآ أَرَادُوٓاْ أَن يَخْرُجُواْ مِنْهَا مِنْ غَمٍّ أُعِيدُواْ فِيهَا ﴾[2]، فكررت النضج وإرادة الخروج وذلك أفعال.

قوله: (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَتَكَرَّرَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) أي فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء عندنا.

وقال زفر: تطلق.

لنا: أن الملك قد انقضى، والتطليقات التي استأنفها في الثاني لم تكن في ملكه حالة اليمين ولا شيء منها، ولا كانت مضافة إلى ملكه، فلم يقع شيء.

واعلـــم أن «كلما» إذا دخلت على نفس التزوج، بأن قال: كلما تزوجت امرأة، فهي طالق يحنث بكل مرة، وإن كان بعد زوج؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزويج، وذلك غير محصور.

بـــيانه: إذا قال: كلما تزوجتك، فأنت طالق ثلاثاً طلقت كلما تزوجها أبداً؛ لأنها تكرار الفعل، وقد أضاف الطلاق إلى تزوجها، فمتى وجد الشرط وقع الطلاق، ولا يشبه ذلـــك قـــوله: «كلما دخلت الدار» و«كلما كلمت فلاناً». فإن الطلاق يتكرر عليها ما دامت في ملكه في ذلك النكاح، فإذا زال طلاق ذلك الملك لم ينصرف التكرار إلى غيره، كذا في شرحه.

قـــوله: (وَزَوَالُ الْمِلْـــكِ بَعْدَ الْيَمِينِ لاَ يُبْطِلُهَا) صورته: أن يقول لها إن دخلت الدار، فأنت طالق فطلقها وانقضت عدتها، ثم تزوجها ودخلت الدار طلقت؛ لأن اليمين انعقدت، وهي في ملكه وانحلت، وهي في ملكه. وهذا معنى قوله: فإن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق، وإن كانت دخلت الدار بعد انقضاء عدتها، ثم تزوجها ودخلـــت الدار لم تطلق؛ لأن اليمين انحلت، وهي في غير ملكه. وهذا معنى قوله: وإن وجد في غير ملكه انحلت اليمين ولم يقع شيء. وكان شيخنا موفق الدين رحمه الله يقول في معنى قوله: وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها زوال حل المحلية لا زوال الحل، حتى لو

(1) سورة النساء: 56.

(2) سورة الحج: 22.

طلقها ثلاثاً بعد التعليق وتزوجها بعد زوج ودخلت لا يقع شيء؛ لأنه إذا وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق؛ لأنه وجد الشرط والمحل قابل، وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط، ولم يقع شيء لانعدام المحلية، وإن قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثاً، فطلقها ثنتين وتزوجت غيره، ثم عادت إليه ودخلت الدار طلقت ثلاثاً عندهما.

وقال محمد: تطلق ما بقي، وهو قول زفر. وأصله: أن الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما، فتعود إليه بالثلاث.

وعند محمد وزفر: لا يهدم، فتعود بما بقي، وإن قال لها إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها ثلاثاً، فتزوجت غيره، ثم رجعت إليه ودخلت الدار لم يقع شيء كذا في الهداية.

وإن قال: أنت طالق أن دخلت الدار بفتح أن طلقت في الحال؛ لأن أن المفتوحة ليست بشرط؛ لأنها تتناول الماضي، فكأنه قال: أنت طالق؛ لأنك دخلت الدار، وكذا إذا قال: إذا دخلت الدار يقع في الحال أيضاً؛ لأنه يفيد الماضي، وحروف الشرط ما وقع على المستقبل.

ولو قال: إن دخلت الدار أنت طالق طلقت في الحال في القضاء، فإن قال: أردت أنها طالق بالدخول دين فيما بينه وبين الله تعالى، وإن قال: أنت طالق، وإن دخلت الدار طلقت في الحال في القضاء وفيما بينه وبين الله؛ لأن معناه: أنت طالق دخلت، أو لم تدخلي.

وإن قال: أنت طالق الساعة، وإن دخلت الدار كانت طالقاً الساعة واحدة، وإن دخلت الدار أخرى، وإن قال: أنت طالق لو دخلت الدار لم تطلق، وهو بمنزلة قوله: إن دخلت الدار؛ لأنه جعل طلاقها معلقاً بدخول الدار لو وجد ولم يوجد، وكذلك إذا قال: أنت طالق لولا دخولك الدار لم تطلق أيضاً، وكذا إذا قال: أنت طالق لا دخلت الدار لا يقع شيء حتى تدخل، وإن قال: أنت طالق دخلت الدار طلقت الساعة.

قوله: (فَإِنْ وُجِدَ الشَّرْطُ وَهِيَ فِي مِلْكِهِ انْحَلَّتْ الْيَمِينُ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ)؛ لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء، فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ انْحَلَّتْ الْيَمِينُ) لوجود الشرط (وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لانعدام المحلية مثل أن يقول: إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم طلقها قبل دخول الدار، فدخلت بعد الطلاق وانقضاء العدة، ثم يستأنف العقد عليه، وتدخل لا يقع شيء لانحلال اليمين.

قــوله: (**وَإِذَا اخْــتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِلاَّ أَنْ تُقِيمَ الْمَرْأَةُ بَيِّــنَةً**)؛ لأن الأصل بقاء النكاح، وهي تدعي عليه زواله بالحنث في شرط يجوز أن يطلع عليه غيرها، فلا يقبل قولها إلا ببينة.

قوله: (**فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لاَ يُعْلَمُ إِلاَّ مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا مِثْلَ أَنْ يَقُــولَ إِذَا حِضْت فَأَنْتِ طَالِقٌ فَقَالَتْ قَدْ حِضْت طَلُقَتْ**)؛ لأنها أمينة في حق نفسها؛ إذ لم يعلم ذلك إلا من جهتها.

قال في الذخيرة: إنما يقبل قولها في الحيض إذا أخبرت وشرط وقوع الطلاق باق. أما إذا أخبرت بعد فواته لا يقبل، حتى لو قالت: حضت وطهرت لا يقبل، وإذا قال: إذا حضت حيضة فأنت طالق، فقالت: حضت يقبل قولها ما لم تر حيضة أخرى؛ لأن شرط الطلاق وجود الطهر، فيقبل قولها ما بقي الطهر، حتى لو قالت: حضت وطهرت، ثم الآن أنا حائض، أو طهرت منها لا يقبل.

قــوله: (**وَإِذَا قَالَ إِنْ حِضْت فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفُلاَنَةُ مَعَك فَقَالَتْ حِضْت طَلُقَتْ هِيَ وَلَمْ تَطْلُقْ فُلاَنَةُ**)؛ لأنها شاهدة في حق ضرتها وهي متهمة، فلا يقبل قولها في حق حضرتها وهذا إذا كذبها، فإنه يقع عليها خاصة. أما إذا صدقها وقع عليهما جميعاً، وهذا أيضاً إذا لم يعلم وجود الحيض منها. أما إذا علم طلقت فلانة أيضاً. وعلى هذا كل ما لم يعلم إلا مـــن جهتها مثل قوله: إن كنت تحبيني، أو تبغضيني، فأنت طالق فالقول قولها؛ لأن المحبة والبغض لا يعلم إلا من جهتها، وكذا إذا قال: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار، أو إن كنت تبغضين الجنة، فأنت طالق، فقالت: أنا أحب أن يعذبني الله بالنار، أو أبغض الجنة، فالقول قولها، ويقع عليها الطلاق. والجواب في هذا على المجلس؛ لأنه علق الطلاق بلفظها فوقف على المجلس، كأنه قال لها: إن قلت أنا أحب أن يعذبني الله بالنار، أو أبغض الجنة، وإن قـــال لها: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار، فأنت طالق وعبدي حر، فقالت: أنا أحب ذلك، أو قال: إن كنت تحبيني فأنت طالق، وهذه معك، فقالت: أنا أحبك طلقت، ولم يعتق العبد، ولم تطلق صاحبتها، وإن قال: إذا ولدت فأنت طالق، فقالت: قد ولدت لا تطلق ما لم يصدقها، أو يشهد بولادتها رجلان، أو رجل وامرأتان عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقع الطلاق إذا شهدت القابلة.

وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن كلمت فلاناً فأنت طالق، **فقالت: دخلت، أو** كلمت لم تطلق ما لم يصدقها، أو يشهد رجلان، أو رجل وامرأتان **بالاتفاق.**

وإن قـــال لامـــرأتيه: إذا حضتما فأنتما طالقتان، فقالتا جميعاً: حضنا إن صدقهما

طلقتا جميعاً، وإن كذبهما لم يطلقا، وإن صدق واحدة وكذب الأخرى طلقت المكذبة ولم تطلق المصدقة لوجود كمال الشرط في المكذبة؛ لأن اليمين إذا علقت بشرطين لم يحنث بوجود أحدهما، وهنا قد علق الطلاق بحيضهما جميعاً، فإذا قالتا: حضنا فكل واحدة مخبرة عن نفسها شاهدة على غيرها، وهي مصدقة على نفسها مكذبة في حق غيرها، فإذا صدق إحداهما وجد الشرطان في حق المكذبة، وهو إخبارها عن نفسها أنها حاضت وتصديقه لصاحبتها بحيضها، فلهذا طلقت. وأما المصدقة فوجد فيها أحد الشرطين، وهو إخبارها عن نفسها ولم يوجد الشرط الآخر من جهة صاحبتها؛ لأنه كذبها وهي غير مصدقة في حق غيرها فلهذا لم تطلق.

قوله: (وَإِذَا قَالَ لَهَا إِذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَرَأَتْ الدَّمَ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَسْتَمِرَّ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ)؛ لأن ما ينقطع دونه لا يكون حيضاً.

قوله: (فَإِذَا تَمَّتْ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ حَكَمْنَا بِالطَّلاقِ مِنْ حِينِ حَاضَتْ) وفائدته: أن الطلاق بدعي، ولو علق عتق عبده بذلك كان في الثلاث حكمه حكم الأحرار. ولو خالعها في الثلاث بطل الخلع لكونها مطلقة، ولو كانت غير مدخول بها، فتزوجت حين رأت الدم صح التزويج.

قوله: (وَإِذَا قَالَ لَهَا إِنْ حِضْتِ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا)؛ لأن الحيضة بالهاء هي الكامل منها وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر، ثم إذا كانت أيامها دون العشرة لم يحكم بطهارتها بالانقطاع ما لم تغتسل، أو يمضي عليها وقت صلاة كامل لجواز أن يعاودها الدم في المدة، فتكون حائضاً، وإن كانت أيامها عشرة وقع عليها الطلاق بمضيها وإن لم تغتسل.

وقوله: «حتى تطهر من حيضتها»: فائدته أن الطلاق سني، ولو علق عتق عبده بذلك كان في الثلاث حكمه حكم العبيد، وإن خالعها صح الخلع لكونها زوجة، وإن كانت غير مدخول بها، فتزوجت حين رأت الدم لم يصح النكاح، وإن قال: إن حضت نصف حيضة، فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض وتطهر، وكذا إذا قال: ثلث حيضة، أو سدس حيضة، وإذا قال: إذا حضت نصف حيضة، فأنت طالق، وإذا حضت نصفها الآخر، فأنت طالق لا يقع شيء ما لم تحض وتطهر، فإذا حاضت وطهرت وقع طلقتان، وإن قال لها: أنت طالق في حيضك، أو مع حيضك، فحين ما رأت الدم تطلق بشرط أن يستمر ثلاثاً، وإن قال في حيضتك، أو مع حيضتك فما لم تحض وتطهر لا تطلق، ولا يعتد بتلك الحيضة من العدة.

ولو قال لها: وهي حائض إذا حضت فأنت طالق، أو قال: وهو مريض إذا مرضت فأنـــت طالق، فهذا على حيض مستقبل، ومرض مستقبل فإن قال: عنيت ما يحدث من هـــذا الحيض، أو ما يزيد من هذا المرض، فهو كما نوى؛ لأن الحيض ذو أجزاء فيحدث حالاً فحالاً. وكذا المرض فإذا نوى جزءاً حادثاً من ذلك صدق، وكذا صاحب الرعاف إذا قال: إن رعفت، فأنت طالق فهو على هذا، وكذا إذا قال للحبلى إذا حبلت، فهو على حـــبل مستقبل إلا أنه إذا نوى الحبل الذي هي فيه لا يحنث؛ لأنه ليس له أجزاء متعددة، وإنما هو معنى واحد، وإن قال: أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه بخلاف ما إذا قال: إذا صمت فإنها تطلق إذا أصبح صائماً؛ لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه.

ومن قال لامرأته: إذا ولدت غلاماً، فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية، فأنت طالـــق اثنـــتين، فـــولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما أولاً لزمه في القضاء طلقة وفي التنـــزه ثنتان وانقضت العدة؛ لأنها إن ولدت الغلام أولاً وقعت الواحدة، وتنقضي عدتها بوضـــع الجاريـــة، ثم لا يقع شيء آخر؛ لأنه حال انقضاء العدة وإن ولدت الجارية أولاً وقعـــت طلقـــتان وانقضت عدتها بوضع الغلام، ثم لا يقع شيء آخر؛ لأنه حال انقضاء العدة، فإذا في حال يقع واحدة وفي حال اثنتان، فلا تقع الثانية بالشك، والأولى أن يأخذ بالثـــتين تنـــزهاً واحتياطاً، والعدة منقضية بيقين. وإن قال: إذا ولدت ولداً، فأنت طالق فـــولدت ولداً ميتاً طلقت، وكذا إذا قال لأمته: إذا ولدت ولداً فأنت حرة، فهو كذلك؛ لأن الموجـــود مولود، فيكون ولداً حقيقة ويعتبر ولداً في الشرع، حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد، فيتحقق الشرط، وهو ولادة الولد.

قـــوله: (وَطَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا وَطَلَاقُ الْحُرَّةِ ثَلَاثٌ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا) والأصل في هذا: أن الطلاق والعدة عندنا معتبران بالنساء.

وقال الشافعي: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء، وتفسيره حرة تحت عبد طلاقها ثـــلاث عندنا، وعنده ثنتان. وأجمعوا أن عدتها ثلاث حيض أمة تحت حر طلاقها ثنتان عندنا وعنده ثلاث. وأجمعوا أن عدتها حيضتان. وأما إذا كانت الأمة تحت عبد، فطلاقها ثنـــتان وعدتها حيضتان بالإجماع. وأجمعوا أن عدة المنكوحة معتبرة بالرجال، فإن كان الـــرجل حـــرا يملك أربعاً من الحرائر والإماء وإن كان عبداً يملك اثنتين حرتين كانتا أو أمتين.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثَلَاثًا وَقَعْنَ عَلَيْهَا)؛ لأن قوله: أنت طالق

ثلاثاً كلمة واحدة؛ لأنه لا يقدر أن يتكلم بها إلا على هذا الوجه؛ لأن قوله ثلاثاً تفسير وصفة وليس بابتداء إيقاع، وكذا أنت طالق بائن؛ لأن الصفة والموصوف كلام واحد، وكذا أنت طالق اثنتين.

قوله: (فَإِنْ فَرَّقَ الطَّلَاقَ بَانَتْ بِالأُولَى وَلَمْ تَقَعْ الثَّانِيَةُ)؛ لأنها لما بانت بالأولى ولا عدة عليها صادفتها الثانية، وهي أجنبية، فلهذا لم تقع وسواء كرر لفظ الطلاق بحرف عطف، أو بغير حرف عطف، فإنه تقع الأولى دون الثانية إذا لم يدخل على الكلام شرط، وهذا مثل قوله: أنت طالق طالق، أو طالق وطالق، أو طالق، فطالق، أو طالق، ثم طالق، أو أنت طالق أنت طالق؛ لأن كل واحد من هذا إيقاع على حدة، فتقع الأولى في الحال.

قوله: (وَإِذَا قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ)؛ لأنها بانت بالأولى وإن ماتت قبل قوله: «واحدة» لم يقع عليها شيء؛ لأنه قرن الوصف بالعدد، فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد، فات المحل قبل الإيقاع فبطل، وكذا إذا قال: أنت طالق ثنتين، أو ثلاثاً، كذا في الهداية.

قوله: (وَإِنْ قَالَ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ) وكذا إذا قال: واحدة بعدها واحدة. والأصل: أن الملفوظ به أولاً إن كان موقعاً أولاً وقعت واحدة، وإن كان الملفوظ به موقعاً آخر وقعت ثنتان، فإذا ثبت هذا فقوله: أنت طالق طلقة واحدة قبل واحدة الملفوظ به أولاً موقع أولاً، فتقع الأولى وتصادفها الثانية، وهي أجنبية، وكذا واحدة بعدها واحدة الملفوظ به أولاً موقع أولاً، فتقع الأولى لا غير؛ لأنه أوقع واحدة وأخبر أن بعدها أخرى وقد بانت بهذه.

قوله: (وَإِنْ قَالَ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ)؛ لأن الملفوظ به أولاً موقع آخر فوقعتا معاً؛ لأنه أوقع الواحدة وأخبر أن قبلها واحدة.

قوله: (وَإِنْ قَالَ وَاحِدَةً بَعْدَ وَاحِدَةٍ يَقَعُ ثِنْتَانِ) وكذا إذا قال: واحدة مع واحدة، أو معها واحدة؛ لأن مع للمقارنة، فكأنه فرق بينهما، فوقعتا وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى، وإن قال لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة وعشرين، أو واحدة وثلاثين طلقت ثلاثاً؛ لأن هذه الجملة لا يعبر بها، إلا هكذا جملة واحدة كقوله: أحد عشر طلقة.

وقال زفر: تطلق واحدة؛ لأن العشرين معطوفة على الواحدة، فيصير كأنه قال: أنت طالق واحدة وثنتين، فإنها تطلق واحدة كذا هذا. وعلى هذا الخلاف إذا قال: اثنتين وعشرين، أو اثنتين وثلاثين، وإن قال: أنت طالق إحدى عشرة، أو اثنتي عشرة طلقت

ثلاثـــاً إجماعـــاً؛ لأنه كلام واحد غير معطوف، وإن قال: واحدة وعشراً وقعت واحدة إجماعاً؛ لأنه كان يمكنه أن يتكلم بها على غير هذا اللفظ، وإن قال: واحدة ونصفا وقعت ثنـــتان في قولهم؛ لأنها جملة واحدة لا يمكن أن يتكلم بها على غير هذا الوجه، وإن قال: نصـــفاً وواحدة وقع ثنتان عند أبي يوسف، وعند محمد: واحدة، وهو الصحيح، كذا في الكرخي.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لَهَا إِنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلَتْ الدَّارَ وَقَعَـــتْ وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) يريد به إن قدم الشرط وعندهما يقع ثنتان. وأما إذا أخر الشرط يقع ثنتان إجماعاً، ثم إذا قدم الشرط وكرر ثلاثاً طلقت واحدة عنده، وعندهما: يقع ثـــلاث، وإن أخر الشرط وكرر الثلاث طلقت ثلاثاً إجماعاً، وإن كانت مدخولة طلقت ثلاثـــاً في الـــوجهين وكذلك اختلفوا في من قال لغير المدخولة: أنت طالق: ثم طالق إن دخلـــت الـــدار: فإنها تطلق واحدة في الحال: ويبطل ما بعدها عند أبي حنيفة؛ لأن «ثم» للتراخـــي، فصـــار كأنـــه قال: أنت طالق وسكت، ثم قال: أنت طالق إن دخلت الدار بخلاف الواو؛ لأنها للجمع.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تطلق حتى تدخل الدار، فيقع ثنتان، وإن قال لها: أنت طالـــق، ثم طالق، ثم طالق إن دخلت الدار وقعت الأولى للحال وسقط ما بعدها عند أبي حنـــيفة وعندهما لا يقع عليها شيء حتى تدخل الدار، فيقع الثلاث وإن قال: أنت طالق طالق إن دخلت الدار، وهي غير مدخول بها وقعت واحدة ولم يصح التعليق؛ لأنها أجنبية وإن كانت مدخولة وقعت واحدة وتعلقت الثانية لكونها في العدة.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ فِي مَكَّةَ طَلُقَتْ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ)، وكذا إذا قال: بمكة وتطلق في الحال؛ لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان؛ لأنه وصف لها بالطلاق في مكة، ومتى طلقت فيها طلقت في كل البلاد.

قـــوله: (وَكَـــذَا إِذَا قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ) يعني أنها تطلق فيها وفي غيرها في الحال.

فإن قيل: إذا عرف عدم الاختصاص بمكة عرف أيضاً عدمه بالدار فما **فائدة ذكر الدار؟**

قلـــنا: إنمـــا ذكـــر الدار؛ لأنه يمكن أن يقال: إنما لم يختص بمكة؛ **لأنها أشرف الأماكن**، فإذا كانت مطلقة فيها فالأولى أن تكون مطلقة في سائر الأماكن، فوضع **المسألة في الـــدار** لـــيعلم أن عدم الاختصاص بالمكان لا باعتبار شرف مكة؟ وأما إذا **قال: أنت**

طالق في ذهابك إلى مكة، فهو على الذهاب؛ لأنه أدخل في على فعل، فصار شرطا وإن قال أنت طالق في الشمس، وهي في الظل كانت طالقا مكانها؛ لأن الشمس ليست بفعل، ويكـــون معناه في مكان الشمس والمطلقة في مكان المطلقة في كل مكان وإن قال: أنت طالـــق في ثلاثة أيام طلقت حين تكلم؛ لأنه جعل الأيام ظرفاً، ولا يمكن أن تكون كلها ظرفاً للإيقاع، فصار الظرف جزءاً منها، وقد وجد عقيب كلامه.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتِ مَكَّةَ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَدْخُلَ مَكَّةَ)؛ لأنه علقه بشرط الدخول، وهو فعل غير موجود، فلم تطلق دون وجوده.

قـــوله: (وَإِنْ قَـــالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ)؛ لأنه وصـــفها بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أول جزء منه، فإن نوى به آخر النهار صـــدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى التخصيص في العموم، وهو يحتمله ونية التخصيص في العمـــوم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما إذا قال: لا آكل طعاماً، وهو ينوي طعاماً دون طعـــام. وإن قال: أنت طالق اليوم غداً، أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به، فيقع في الأول في اليوم، وفي الثاني في الغد؛ لأنه لما قال: اليوم كان تنجيزاً، والمنجز لا يحـــتمل الإضـــافة، وإذا قـــال: غداً كان إضافة، والمضاف لا يتجزأ لما فيه من إبطال الإضافة، فلغا الشرط في اللفظين.

قال في النهاية: إذا قال أنت طالق اليوم غداً طلقت اليوم طلقة في الحال، ولا تطلق أخرى في غد؛ لأن بوقوع هذه الطلقة اليوم تتصف بها اليوم وغداً وبعد غد وإن قال: أنت طالق أول النهار وآخره يقع واحدة لا غير لما ذكرنا، وإن قال: أنت طالق في غد اليوم لا يقـــع إلا في غـــد؛ لأنـــه إنما وصفها بالطلاق غداً وبالطلاق الذي يقع في غد لا تكون موصوفة به اليوم فلغا.

قـــوله: «اليوم»: وإن قال أنت طالق آخر النهار، وأوله يقع ثنتان، وإن قال: أنت طالق اليوم، وغدا بالواو.

قـــال في المبسوط: تطلق في الحال واحدة ولا تطلق غيرها؛ لأن العطف للاشتراك وقـــد وصفها بالطلاق في الوقتين، وهي بالطلقة الأولى تتصف بالطلاق في الوقتين، وإن قال: غداً واليوم تطلق اليوم واحدة وغداً أخرى.

وقـــال زفـــر: لا تطلق إلا واحدة وقوله: وإن قال: أنت طالق في غد وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر، فإن قال: نويت به آخر النهار صدق عند أبي حنيفة ديانة وقضاء، وعـــندهما: لا يصدق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله لأبي حنيفة أنه جعل الغد ظرفاً لوقـــوع الطلاق فيه وكونه ظرفاً لا يقتضي كونها مطلقة في جميع أجزائه؛ لأن الظرفية لا

تقتضي الاستيعاب، ألا ترى أنك إذا قلت: صمت في شعبان لا يقتضي أن تكون صائماً في جميعه بخلاف قوله: غداً؛ لأنه يقتضي أن يكون الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافاً إلى جميع الغد ألا ترى أنك إذا قلت: صمت شعبان اقتضى صوم جميعه.

ولهما: أنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، فصار بمنزلة قوله: غداً، وإذا قال: أنت طالق أمس، وإنما تزوجها اليوم لم تطلق؛ لأنها لم تكن في ملكه أمس بخلاف ما إذا قال لعبده: أنت حر أمس، وإنما اشتراه اليوم فإنه يعتق؛ لأن كونه حرّاً أمس يحرم استرقاقه اليوم، فكأنه قال: أنت حر الأصل، وفي مسألة المرأة كونها طالقاً أمس لا يحرم نكاحها اليوم، وإن تزوجها أول أمس وقع الطلاق الساعة؛ لأنه أضافه إلى حال ملكه. وإن قال: أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء؛ لأنه لا يصح تقدم الطلاق على النكاح، وإن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت، وإن قال لامرأته: أنا منك طالق، فليس بشيء وإن نوى طلاقاً؛ لأن الطلاق لإزالة القيد، وهو فيها دونه ألا ترى أنها هي الممنوعة من التزوج والخروج والزوج ينطلق إلى ما شاء من التزويج بثلاث سواها ويستمتع بإمائه. وإن قال: أنا منك بائن، أو عليك حرام ينوي الطلاق طلقت؛ لأن الإبانة لإزالة الوصلة، وهي مشتركة، وكذا التحريم لإزالة الحل، وهو مشترك، فصحت إضافتها إليهما وإن قال: أنت طالق، أو لا فليس بشيء إجماعاً، وإن قال: أنت طالق واحدة أو لا فكذلك أيضاً عندهما.

وقال محمد: تطلق واحدة رجعية، والفرق لمحمد أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة «أو» بينها وبين النفي،فسقط اعتبار الواحدة، وبقي قوله: أنت طالق بخلاف، قوله: أنت طالق أو لا؛ لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع، فلا يقع ومن دخل عليه الشك في طلاق زوجته، فلا يدري أطلقها أم لا لم يقع الطلاق، ولا يجب عليه اجتنابها وكان على يقينه حتى يعلم أن الطلاق وقع يقيناً. وإذا ضم إلى امرأته ما لا يقع عليه الطلاق مثل الحجر والبهيمة، فقال: أحدكما طالق طلقت امرأته عندهما.

وقال محمد: لا تطلق وإن ضم إليها من يوصف بالطلاق إلا أن الزوج لا يملك طلاقها كالأجنبية لا يقع الطلاق على زوجته وإن ضم إليها رجلاً، فقال أحدكما: طالق لم تطلق امرأته عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: تطلق امرأته؛ لأن الرجل لا يصح وقوع الطلاق عليه بحال كالبهيمة.

ولأبي حنيفة: أنه يوصف بالطلاق؛ لأن البينونة تسمى طلاقاً، وهو يوصف بالبينونة، وإن جمع بين امرأته وميتة لم تطلق زوجته إجماعاً؛ لأن الميتة توصف بالطلاق

قبل موتها، وإن قال لامرأته: هذه الكلبة طالق طلقت، وكذا إذا قال لعبده: هذا الحمار حر عتق.

قوله: (وَإِذَا قَالَ لامْرَأَتِه اخْتَارِي نَفْسَك يَنْوِي بِذَلِكَ الطَّلَاقَ أَوْ قَالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَك فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ) وإن تطاول يوماً، أو أكثر ما لم تقم منه، أو تأخذ في عمل آخر، وكذا إذا قام هو من المجلس، فالأمر في يدها ما دامت في مجلسها وليس للزوج أن يرجع في ذلك ولا ينهاها عما جعل إليها ولا يفسخ.

قوله: (فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا) يعني إذا قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها؛ لأنها إذا قامت صارت معرضة، وكذا إذا اشتغلت بعمل آخر يعلم أنه قاطع لما كان قبله كما إذا دعت بطعام لتأكله، أو نامت، أو امتشطت، أو اغتسلت، أو اختضبت، أو جامعها زوجها، أو خاطبت رجلاً بالبيع، أو الشراء فهذا كله يبطل خيارها، وإن أكلت لقمة، أو لقمتين، أو شربت جرعة، أو جرعتين، أو نامت قاعدة، أو لبست ثياباً من غير أن تقوم، أو فعلت فعلاً قليلاً ولم تجب عليه بالاختيار، فهي على خيارها، وكذا لو قالت: ادعوا لي شهوداً أشهدهم على اختياري، أو ادعوا لي أبي أستشيره، أو كانت قائمة فقعدت، فهي على خيارها وإن كانت قاعدة، فاتكأت فهي على خيارها، وإن كانت قاعدة فاضطجعت، فعن أبي يوسف: روايتان:

إحداهما: يبطل خيارها، وبه قال زفر.

والثانية: لا يبطل وإن كانت قاعدة، فقامت يبطل خيارها. وكذا إذا كانت قائمة فركبت؛ لأن هذا إعراض وإن خيرها وهي راكبة، فإن سارت الدابة بها قبل أن تختار بطل خيارها؛ لأن سير الدابة من فعلها؛ لأنها تقدر على إيقافها، وكذا إذا خيرها والدابة تسير، فسارت قبل أن تختار بطل خيارها، وإن أوقفتها فهي على خيارها وإن خيرها، وهي في السفينة فسارت لم يسقط خيارها؛ لأن سيرها ليس من فعلها؛ لأنها لا تقدر على إيقافها وحكمها حكم البيت. فكل ما أبطل خيارها في البيت أبطله فيها وما لا، فلا وإن كان الزوج معها على الدابة، أو كانا في محمل، فهي على خيارها، وإن ابتدأت في الصلاة بطل خيارها سواء كانت فرضاً، أو تطوعاً وإن خيرها وهي في الصلاة، فأتمتها إن كانت فريضة، أو وتراً فهي على خيارها وإن كانت تطوعاً إن سلمت على ركعتين، فهي على خيارها وإن زادت عليهما بطل خيارها؛ لأن ما زاد على ركعتين في التطوع كالدخول في صلاة أخرى، وإن كانت في سنة الظهر الأولى لم يبطل خيارها بانتقالها إلى الشفع الثاني،

وكذا سنة الجمعة وعلى هذا الشفعة وإن سبحت، أو قرأت شيئاً يسيراً لم يبطل خيارها، وإن طال بطل وليس لها أن تختار إلا مرة واحدة، فإن قال لها أمرك بيدك كما شئت، فأمرها بيدها في ذلك المجلس وغيره.

ولها: أن تطلق نفسها في كل مجلس واحدة حتى تبين بثلاث؛ لأن كلما تقتضي التكرار إلا أنها لا تطلق نفسها في كل مجلس أكثر من واحدة، فإذا استوفت ثلاثاً وتزوجها بعد زوج، فلا خيار لها ثم لا بد من النية في قوله: «اختاري»؛ لأنه كناية، وكذا أيضاً في قوله: «أمرك بيدك»، فإن قال لها: أمرك بيدك إذا شئت، أو متى شئت، أو إذا ما شئت فلها في المجلس وغيره أن تختار مرة واحدة لا غير؛ لأن «إذا» و«متى» يفيدان الوقت، فكأنه قال لها: اختاري أي وقت شئت، فإن اختارت في المجلس زوجها خرج الأمر من يدها في كلما وغيره.

قوله: (فَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ اخْتَارِي نَفْسَك كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً) ولا تحل له إلا بنكاح مستقبل.

قوله: (وَلاَ يَكُونُ ثَلاثًا وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذَلِكَ) وقال الشافعي: يكون ثلاثاً إذا نوى ذلك.

قوله: (وَلاَ بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلاَمِهِ أَوْ كَلاَمِهَا) حتى لو قال: اختاري، فقالت: اخترت، فهو باطل. وإذا قالت: اخترت نفسي، أو أبي، أو أمي، أو أهلي، أو الأزواج فهذا كله دلالة على الطلاق.

وإن قالت: اخترت نفسي لا بل زوجي، أو اخترت نفسي وزوجي وقع الطلاق.

وإن قالت: اخترت زوجي لا بل نفسي، أو اخترت زوجي ونفسي لا يقع شيء وخرج الأمر من يدها.

وإن قالت: أنا أختار نفسي، فالقياس: أن لا يقع شيء؛ لأن هذا مجرد وعد، وفي الاستحسان: يقع.

وإن قال: طلقي نفسك، فقالت: أنا أطلق نفسي لا يقع قياساً واستحساناً.

وإن قال لها: اختاري، فقالت: اخترت نفسي، أو أبنت نفسي، أو حرمت نفسي، أو طلقت نفسي كان جواباً، ويقع به الطلاق بائناً.

وإن قال لها: طلقي نفسك، فقالت: طلقت نفسي، أو أبنت نفسي، أو حرمت نفسي كان جواباً ويقع به الطلاق رجعيّاً.

وإن قالت: اخترت نفسي لا يكون جواباً، ولو قال: اختاري نفسك ونوى الثلاث

فطلقت نفسها ثلاثاً، أو واحدة، فهي واحدة بائنة، ولا يكون ثلاثاً.

وإن قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً، أو نوى الثلاث، فطلقت نفسها ثلاثاً وقعن وإن طلقت نفسها واحدة، فهي واحدة بالاتفاق.

وإن قال لها: طلقي نفسك واحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً لا يقع شيء عند أبي حنيفة، وعندهما: يقع واحدة.

وإن قال لها: طلقي نفسك ولا نية له، أو نوى واحدة، فقالت: طلقت نفسي فهي واحدة رجعية؛ لأن المفوض إليها صريح الطلاق، وإن طلقت نفسها ثلاثاً، وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها، وإن نوى اثنتين لا يصح إلا إذا كانت أمة؛ لأنه جنس حقها.

وإن قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي طلقت.

وإن قالت: اخترت نفسي لم تطلق؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه إذا قال لها: أبنتك ينوي الطلاق، أو قالت: أبنت نفسي، فقال الزوج: قد أجزت ذلك بانت بخلاف الاختيار؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته: اخترتك، أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع.

ولو قالت المرأة ابتداء: اخترت نفسي، فقال الزوج: أجزت لا يقع شيء؛ لأنه إنما عرف طلاقاً إذا حصل جواباً للتخيير.

وقوله: «طلقي نفسك»: ليس بتخيير فيلغو، وعن أبي حنيفة: أنه لا يقع بقولها أبنت نفسي؛ لأنها أتت بغير ما فوض إليها؛ لأن الإبانة تغاير الطلاق.

وإن قال لها: طلقي نفسك له أن يرجع عنه، فإن قامت من مجلسها بطل؛ لأنه تمليك بخلاف ما إذا قال لها: طلقي ضرتك؛ لأنه توكيل، فلا يقتصر على المجلس، فيقبل الرجوع.

قوله: (مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا) هذا إذا لم يكن الخيار مؤقتاً. أما إذا كان مؤقتاً كما إذا قال لها: اختاري نفسك اليوم، أو هذا الشهر، أو شهراً، أو سنة فلها أن تختار ما دام الوقت باقياً سواء أعرضت عن المجلس، أو اشتغلت بعمل آخر، أو لم تعرض، فهو سواء، ويكون لها الخيار في ذلك الوقت المؤقت.

وإن قال لها: اختاري اليوم، أو أمرك بيدك اليوم، أو هذا الشهر، فلها الخيار فيما بقي من اليوم، أو الشهر لا غير. وإن قال يوماً فهو من ساعة تكلم إلى مثلها من الغد، وإن قال: شهراً، فهو من الساعة التي تكلم فيها إلى أن يستكمل ثلاثين يوماً، والخيار إذا كان مؤقتاً يبطل بمضي الوقت سواء علمت، أو لم تعلم بخلاف ما إذا كان غير مؤقت. مثاله: إذا قال لها: أمرك بيدك، وهي تسمع، فأمرها بيدها في مجلسها، فإن كانت غائبة إن

لم يؤقت، فلها الخيار في مجلس علمها، وإن وقته بوقت فبلغها العلم مع بقاء شيء من الوقت فلها الخيار في بقية الوقت، وإن مضى الوقت قبل أن تعلم، ثم علمت، فلا خيار لها؛ لأنه خص التفويض بزمان، فيبطل بمضيه علمت، أو لم تعلم وإن قال لها: اختاري اختاري اختاري بالواو، أو بالفاء، أو بالألف، فقالت: اخترت نفسي، أو اخترت نفسي مرة، أو بمرة، أو دفعة، أو بدفعة، أو واحدة، أو بواحدة، أو اختياره يقع ثلاثاً في قولهم جميعاً.

وإن قالت: اخترت تطليقة، أو بتطليقة تقع واحدة بائنة، ولا يحتاج إلى نية الزوج.

وإن قالت: اخترت الأولى، أو الوسطى، أو الأخيرة طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة، وعندهما: واحدة. وإنما لا يحتاج إلى النية لدلالة التكرار عليه؛ إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر، وإن قالت: اخترت اختياره، فهي ثلاث إجماعاً؛ لأنها للمرة.

قوله: (**فَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ طَلِّقِي نَفْسَك فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ**)؛ لأنه أمرها بصريح الطلاق، وصريح الطلاق إذا لم يكن بائناً كان رجعياً.

قوله: (**فَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيْهَا**)؛ لأن قوله: طلقي معناه: افعلي فعل الطلاق، وهو اسم جنس، فيقع على الأقل مع احتمال الكل، فلهذا يعمل فيه بنية الثلاث، وينصرف إلى الثلاث عند عدمها، ثم إذا طلقت نفسها ثلاثاً. وقال الزوج: إنما أردت واحدة لم يقع عليها شيء عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: تقع واحدة.

قوله: (**وَإِنْ قَالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَك مَتَى شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ**)؛ لأن كلمة «متى» عامة في الأوقات، فصار كما إذا قال: في أي وقت شئت، ولها المشيئة مرة واحدة؛ لأن «إذا» و«متى» لا تقتضي التكرار، فإذا شاءت وجد شرط الطلاق، فطلقت ولم يبق لها مشيئة، حتى لو استرجعها، فشاءت بعد ذلك لم تؤثر مشيئتها، ولو قال: كلما شئت كان ذلك لها أبداً، حتى يقع ثلاث؛ لأن «كلما» تقتضي **التكرار**، فكلما شاءت وقع عليها الطلاق، فإن عادت إليه بعد زوج سقطت مشيئتها، **وليس لها** أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة؛ لأنها توجب عموم الانفراد **لا عموم الاجتماع**، فلا تملك الإيقاع جملة وجمعاً. وإن قال لها: طلقي نفسك إن شئت، **فذلك مقصور** على المجلس؛ لأن «إن» لا تقتضي الوقت، وكذا إن أحببت، أو رضيت، **أو أردت كله يقتصر** على المجلس؛ لأنه علقه بفعل من أفعال القلب، فهو مثل الخيار.

قوله: (**وَإِنْ قَالَ لِرَجُلٍ طَلِّقْ امْرَأَتِي فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ وَلَهُ أَنْ**

يَــرْجِعَ)؛ لأن هذا توكيل واستعانة وليس بتمليك، فلا يقتصر على المجلس بخلاف قوله للمرأة: طلقي نفسك سواء قال لها: إن شئت، أو لم يقل، فإنه يقتصر على المجلس؛ لأنها عاملة لنفسها، فكان تمليكاً لا توكيلاً.

قــوله: (وَإِنْ قَــالَ طَلِّقْهَا إِنْ شِئْت فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ خَاصَّةً) وليس للزوج أن يرجع.

وعند زفر: هذا والأول سواء. والأصل في هذا: أن كل ما كان تفويضاً، فإنه يقتصر علــى المجلــس ولا يملك الزوج النهي عنه، وكل ما كان توكيلاً لا يقتصر على المجلس، ويملك الزوج الرجوع عنه، والنهي عنه، فإذا ثبت هذا، فنقول: إذا قال لها: طلقي نفسك ســواء قال لها: إن شئت أو لا فلها أن تطلق نفسها في ذلك المجلس خاصة وليس له أن يعزلها؛ لأنه تفويض، وكذا إذا قال لرجل: طلق امرأتي وقرنه بالمشيئة، فهو كذلك وإن لم يقرنه بالمشيئة كان توكيلاً ولم يقتصر على المجلس ويملك العزل عنه، وإذا قال لها: طلقي نفسك، وصاحبتك فلها أن تطلق نفسها في المجلس؛ لأنه تفويض في حقها، ولها أن تطلق صاحبتها في المجلس وغيره؛ لأنه توكيل في حق صاحبتها وإن قال لرجلين: طلقا امرأتي إن شئتما فليس لأحدهما التفرد بالطلاق ما لم يجتمعا عليه، وإن قال: طلقا امرأتي ولم يقرنه بالمشــيئة كان توكيلاً وكان لأحدهما أن يطلقها، وإن قال: طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، فهي واحدة؛ لأنها ملكت إيقاع الثلاث، فتملك إيقاع الواحدة ضرورة، وإن قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة؛ لأنها أتــت بغــير ما فوض إليها، فكانت مبتدأة، وعندهما: يقع واحدة؛ لأنها أتت بما ملكته وزيادة، فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً، وإن قال لها: طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فــيها، فقالت: طلقت نفسي طلقة بائنة وقعت واحدة رجعية؛ لأنها أتت بالأصل وزيادة وصــف، فــيلغو الوصف، ويبقى الأصل وإن قال: طلقي نفسك واحدة بائنة، فقالت: طلقت نفسي واحدة رجعية وقعت بائنة اعتبارا لأمر الزوج. وإن قال: طلقي نفسك ثلاثاً إن شــئت، فطلقــت واحدة لم يقع شيء؛ لأن معناه إن شئت الثلاث وهي ما شاءت الثلاث، فلم يوجد الشرط، وإن قال: طلقي نفسك واحدة، إن شئت فطلقت ثلاثاً، فكذا عــند أبي حنــيفة لا يقع شيء؛ لأن مشيئة الثلاث ليس مشيئة للواحدة، وعندهما: يقع واحدة؛ لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لَهَا إِنْ كُنْت تُحِبِّينِي أَوْ تَبْغُضِينِي فَأَنْت طَالِقٌ فَقَالَتْ أَنَا أُحِبُّك أَوْ أَبْغَضُك وَقَعَ الطَّلَاقُ وَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا بِخِلَافِ مَا أَظْهَرَتْ) وإن قال: إن كنت تحبيني

بقلبك، فأنت طالق فقالت: أنا أحبك، وهي كاذبة طلقت عندهما.

وقال محمد: لا تطلق؛ لأن المحبة إذا علقت بالقلب يراد بها حقيقة الحب، ولم يوجد وهما يقيسانه على الأول.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلاَقًا بَائِنًا فَمَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَرِثَتْ مِنْهُ)، وكذا إذا طلقها ثلاثاً وإن مات بعد انقضاء عدتها، فلا ميراث لها، ومعناه: إذا طلقها بغير سؤال منها ولا رضا. أما إذا سألته ذلك فطلقها بائناً، أو ثلاثاً، أو خالعها، أو قال لها: اختاري فاختارت نفسها فمات، وهي في العدة لا ترث؛ لأنها رضيت بإبطال حقها وإنما ذكر البائن؛ لأن الرجعي لا يحرم الميراث في العدة سواء طلقها بسؤالها، أو بغير سؤالها؛ لأن الرجعي لا يزيل النكاح، حتى لو طلقها في صحته طلاقاً رجعيّاً ومات وهي في العدة ورثت منه وانقلبت عدتها إلى عدة الوفاة.

قال الخجندي: إذا أبانها في مرض موته بغير رضاها ورثت من الزوج، وهو لا يرث منها، وينبغي أن تكون المرأة وقت الطلاق من أهل الميراث. أما إذا كانت وقت الطلاق مملوكة، أو كتابية، ثم أعتقت في العدة، أو أسلمت لا ترث؛ لأن الفرار لم يوجد. وإن قالت له في مرضه: طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثت؛ لأن الرجعي لا يزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها راضية بإبطال حقها، وإن طلقها ثلاثاً، وهو مريض ثم صح، ثم مات بعد ذلك، وهي في العدة لم ترثه.

وقال زفر: ترثه ثم المريض الذي ترثه المطلقة أن يكون مريضاً مرضاً لا يعيش منه غالباً، ويخاف منه الهلاك غالباً بأن يكون صاحب فراش لا يجيء ولا يذهب إلى أن يموت.

وقيل: أن يكون مضنى لا يقوم إلا بشدة، وهو في حال يجوز له الصلاة قاعداً. أما إذا كان يذهب ويجيء، وهو يحم، فهو كالصحيح وإن قدم ليقتل قصاصاً، أو رجماً، فطلق حينئذ ورثت، وكذا إذا انكسرت به السفينة وبقي على لوح، أو وقع في فم سبع فطلق ثلاثاً، ومات من ذلك ورثت.

قوله: (وَإِذَا قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلاً لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ) سواء سمع الاستثناء، أو لم يسمعه إذا كان قد حرك به لسانه، وهذا اختيار الكرخي.

وقال الهندواني: لا يصح ما لم يسمع نفسه، فإن ماتت المرأة قبل أن يقول: إن شاء الله لم يقع الطلاق، وإن قدم الاستثناء، فقال: إن شاء الله أنت طالق، فهو استثناء عندهما.

وقال محمد: ليس باستثناء، وهو منقطع، والطلاق واقع في القضاء، وهو يدين فيما

بيـــنه وبين الله إن كان أراد الاستثناء. وأما إذا قال: إن شاء الله، فأنت طالق، فهو استثناء إجماعـــاً. وكـــذا إذا قـــال: إن شاء الله، وأنت طالق بالواو، فهو استثناء إجماعاً، كذا في شرحه.

وفي الخجندي: لا يصح الاستثناء بذكر الواو بالإجماع، وهو الأظهر، وإن قدم ذكر الطلاق، فقال: أنت طالق، وإن شاء الله، أو أنت طالق، فإن شاء الله لم يكن مستثنياً، وإن قال: إلا أن يشاء الله، أو ما شاء الله، أو إذا شاء الله، أو بقضاء الله، أو بقدرة الله، أو بما أحـــب الله، أو بما أراد الله، فهو مثل إن شاء الله. وإن قال: أنت طالق بمشيئة الله، فهو استثناء، وكذا إذا علق بمشيئة من لا يظهر.

لنا: مشيئته كان حكمه حكم الاستثناء كما إذا قال: إن شاء جبريل، أو الملائكة، أو الجـــن، أو إبلـــيس، وكذا إذا ضم مع مشيئة الله مشيئة غيره كما إذا قال: إن شاء الله وشـــاء زيد، فشاء زيد لم تطلق. وإن قال: أنت طالق إن شاء زيد وقف على مشيئة زيد في المجلـــس، فإن شاء في ذلك المجلس طلقت، وكذا إذا كان غائباً وقف على مجلس علمه ويقتصر عليه، فإن شاء في المجلس وقع، وإن قام بطل.

وصورة مشيئته: أن يقول: شئت ما جعله إلى فلان، ولا يشترط نية الطلاق، ولا ذكـــره وإن قـــال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله وقع عليها ثلاث عند أبي حنيفة، وقال: الاستثناء جائز، وعلى هذا الخلاف إذا قال: ثلاثاً وواحدة إن شاء الله.

لأبي حنـــيفة: أن العدد الثاني لغو لا حكم له؛ لأن الزوج لا يملك أكثر من ثلاث واللغو حشو، فيفصل بين الإيقاع، والاستثناء كالسكوت.

ولهمـــا: أنه كلام واحد؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: ستّاً إن شاء الله، وإن قال: أنت طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله، فالاستثناء جائز إجماعاً؛ لأن الكلام الثاني ليس بلغو.

قـــوله: (وَإِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثًا إِلاَّ وَاحِدَةً طَلُقَتْ اثْنَتَيْنِ وَإِنْ قَالَ ثَلاثًا إِلاَّ اثْنَتَيْنِ طَلُقَتْ وَاحِدَةً) وإن قال: ثلاثاً إلا نصف واحدة طلقت ثلاثاً عندهما.

وقال محمد: اثنتين، وإن قال: ثلاثاً إلا ثلاثاً يقع ثلاث؛ لأنه لا يصح استثناء الكل.

واختلفوا في استثناء الكل؟

فقال بعضهم: هو رجوع؛ لأنه يبطل كل الكلام.

وقـــال بعضـــهم: هو استثناء فاسد، وليس برجوع، وهو الصحيح؛ لأنهم قالوا في الموصـــي إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء، والوصية صحيحة، ولو كان رجوعاً لـــبطلت الوصية؛ لأن الرجوع فيها جائز. وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحـــدة وقعت الثلاث عند أبي حنيفة، وبطل الاستثناء؛ لأن حكم أول الكلام موقوف

على آخره، فكأنه قال: إلا ثلاثاً.

وقال أبو يوسف: استثناء الأولى والثانية جائز، وبطل استثناء الثالثة، ويلزمه واحدة؛ لأن استثناء الأولى والثانية قد صح، ألا ترى أنه لو سكت عليه جاز، فإذا ذكر الثالثة، فقد استثنى ما لا يصح فبطل، وصح استثناء ما سواه، وإن قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثاً بطل الاستثناء إجماعاً؛ لأنه استثناء الجملة، فلم يصح. وكذا إذا قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة؛ لأن كل واحدة جملة على حيالها، وقد استثناها، فلا يصح.

وقد قال أبو يوسف ومحمد: إذا قال: أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين وقع اثنتان، وجعل الاستثناء من كل اثنتين واحدة.

وقال زفر: يقع ثلاث؛ لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه، ولا يرجع إلى غيره، ومتى رجع إلى ما يليه كان استثناء الكل، فلا يصح.

وعن محمد: فيمن قال: أنت طالق اثنتين واثنتين إلا ثلاثاً، قال: هي ثلاث؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الاستثناء من الجملتين؛ لأنه يكون من كل واحدة طلقة ونصف، وهذا يكون استثناء جميع الجملة، ولا يمكن أن يكون من إحدى الجملتين؛ لأنه يرفعهما.

وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: واحدة واثنتين إلا اثنتين، قال: هي ثلاث، وهو قول محمد؛ لأنا إن رددنا الاستثناء إلى كل واحدة من الجملتين أبطلناهما، وإن رددنا بعضه إلى هذه وبعضه إلى هذه أبطلناهما أيضاً؛ لأنه يقسمه على قدر الثلث والثلثين فلم يبق إلا بطلان الاستثناء. وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة وقعت واحدة؛ لأنه يجعل كل استثناء مما يليه، فإذا استثنى الواحدة من الثلاث بقي ثنتان يستثنيهما من الثلاث، فيبقى واحدة. وإن قال: ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، فاستثنى الواحدة من اثنتين يبقى واحدة يستثنيها من الثلاث، يبقى ثنتان يستثنيهما من الثلاث، يبقى واحدة. وإن قال: أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث أو من واحدة إلى ثلاث طلقت اثنتين عند أبي حنيفة، فيدخل الابتداء دون الغاية.

وقال زفر: لا يدخلان جميعاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يدخلان جميعاً.

وإن قال: أنت طالق ما بين واحدة إلى أخرى، أو من واحدة إلى واحدة، فهي واحدة.

أما على أصل أبي حنيفة: فالابتداء يدخل، والغاية تسقط، فتقع واحدة.

وأما على قولهما: فيدخلان جميعاً، إلا أن يحتمل أن يكون قوله: من واحدة إلى

واحدة يعني منها إليها، فهي واحدة، فلا يقع أكثر منها.

وقال زفر: لا يقع شيء؛ لأنه يسقط الابتداء والغاية، وإذا سقطا لم يقع شيء.

ومنهم من قال: يقع واحدة عند زفر أيضاً، وهو الصحيح؛ لأنه جعل الشيء الواحد حداً ومحدوداً، وذلك لا يتصور، فيلغو آخر كلامه، ويبقى قوله: أنت طالق.

قال بشر عن أبي يوسف: إذا قال: من ثنتين إلى ثنتين يقع ثنتان: وإن قال: من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين، فهي واحدة عند أبي حنيفة. وإن قال: واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب، أو لم يكن له نية، فهي واحدة.

وقال زفر: يقع ثنتان، فإن نوى واحدة وثنتين، فهي ثلاث إجماعاً، وإن كان غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله: واحدة وثنتين وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع ثلاث؛ لأن كلمة «في» قد تأتي بمعنى مع قال الله تعالى ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩ ﴾ [(1)]، أي مع عبادي، وإن نوى الظرف يقع واحدة إجماعاً. وإن قال: ثنتين في ثنتين، ونوى الضرب والحساب، فهي ثنتان، وعند زفر: ثلاث؛ لأن قضيته أن يكون أربعاً إلا أنه لا مزيد للطلاق على ثلاث.

قوله: (وَإِذَا مَلَكَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتْ امْرَأَةٌ زَوْجَهَا أَوْ شِقْصًا مِنْهُ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا) إلا أن يشتري المأذون، أو المدبر، أو المكاتب كلاً منهم زوجته لا يفسد النكاح؛ لأن لهم حقاً لا ملكاً تاماً، ثم إذا ملكت المرأة زوجها هل يملك عليها وقوع الطلاق؟

عندهما: لا،

وعند محمد: نعم، يعني إذا كانت مدخولاً بها.

لهما: أن الطلاق يستدعي قيام النكاح، ولا بقاء له مع المنافي، وهو ملك اليمين وكذا إذا اشتراها، ثم طلقها لا يقع شيء لما قلنا.

ولمحمد: أن العدة باقية إذا كانت مدخولاً بها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(1) سورة الفجر: 29.

كتاب الرجعة

هــي المراجعة: وهي عبارة عن ارتجاع المطلق مطلقته على حكم النكاح الأول. وهــي تثبت في كل مطلقة بصريح الطلاق بعد الدخول ما لم يستوف جملة عدد الطلاق عليها، ولم يحصل في مقابلة طلاقها عوض، ويعتبر بقاؤها في العدة.

قــوله رحمــه الله: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَهُ أَنْ يُــرَاجِعَهَا فِــي عِدَّتِهَا رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ) إنما شرط بقاؤها في العدة؛ لأنها إذا انقضت زال الملك وحقوقه، فلا تصح الرجعة بعد ذلك.

وقوله: «رضيت أو لم ترض»؛ لأنها باقية على الزوجية بدليل جواز الظهار عليها، والإيلاء، واللعان، والتوارث، ووقوع الطلاق عليها ما دامت معتدة بالإجماع. وللزوج إمساك زوجته رضيت، أو لم ترض. وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [1] سماه بعلاً. وهذا يقتضي بقاء الزوجية بينهما.

قوله: (وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ: رَاجَعْتُك أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي) هذا صريح الرجعة، ولا خلاف فيه، فقوله: «راجعتك»: هذا في الحضرة.

وقــوله: «راجعــت امــرأتي» في الحضرة والغيبة. ثم الرجعة على ضربين: سني، وبدعي.

فالسني: أن يراجعها بالقول، ويشهد على رجعتها شاهدين، ويعلمها بذلك، فإن راجعها بالقول نحو أن يقول لها: «راجعتك، أو راجعت امرأتي»، ولم يشهد على ذلك، أو أشهد ولم يعلمها بذلك، فهو مخالف للسنة، والرجعة صحيحة وإن راجعها بالفعل مثل أن يطأها، أو يقبلها بشهوة، أو ينظر إلى فرجها بشهوة، فإنه يصير مراجعاً عندنا، إلا أنه يكــره لــه ذلك، ويستحب أن يراجعها بعد ذلك بالإشهاد، وإن نظر إلى سائر أعضائها بشهوة لا يكون مراجعاً.

قــوله: (أَوْ يَطَأَهَا أَوْ يُقَبِّلَهَا أَوْ يَلْمِسَهَا بِشَهْوَةٍ أَوْ يَنْظُرَ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ) يعني الفرج الداخل، ولا يتحقق ذلك إلا عند انكبابها.

وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه، ولا مهر في الرجعة ولا عــوض؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، والعوض لا يجب على الإنسان في مقابلة ملكــه، وإن راجعها بلفظ التزويج جاز عند محمد، وعليه الفتوى، وكذا إذا تزوجها صار

---

(1) سورة البقرة: 228.

مراجعاً لها هو المختار.

وإن قال: أنت امرأتي ونوى الرجعة.

قال ابن مقاتل: هو رجعة.

ومن ألفاظ الرجعة أيضاً: رددتك وأمسكتك، أو أنت عندي كما كنت إذا نوى بذلك الرجعة، كذا في النهاية؟ وهذه كنايات الرجعة. ولو جامعته وهو نائم، أو مغمى عليه، أو مجنون صار مراجعاً.

وقوله: «أو يقبلها بشهوة»: يعني على الفم بالإجماع، وإن كان على الخد، أو الذقن، أو الجبهة، أو الرأس. اختلفوا فيه؟ وظاهر ما أطلق في العيون أن القبلة في أي موضع كانت توجب حرمة المصاهرة عند بعض المشايخ، وهو الصحيح، كذا في الذخيرة.

وقوله: «أو يلمسها بشهوة»: وكذا إذا لمسته هي أيضاً بشهوة كان رجعة عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: إذا لمسته فتركها، وهو يقدر على منعها، فهو رجعة وإن منعها ولم يتركها لم يكن رجعة.

وفي الينابيع: إذا لمسته مختلسة وهو كاره، أو نائم، أو زائل العقل، وأقر الزوج أنها فعلته بشهوة كان رجعة عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يكون رجعة إلا إذا تركها وهو يمكنه منعها. وأما إذا كان اللمس والنظر من غير شهوة لم يكن رجعة بالإجماع.

قال محمد: ولو صدقها الورثة بعد موته أنها لمسته بشهوة كان ذلك رجعة، وإن شهد الشهود أنها قبلته بشهوة لم تقبل الشهادة؛ لأن الشهوة معنى في القلب لا يشاهدونها.

وقال بعضهم: تقبل؛ لأنه يظهر للشهوة نشاط في الوجه، وإن شهدوا على الجماع جاز إجماعاً؛ لأنه يشاهد، فلا يحتاج فيه إلى شرط الشهوة، وإن نظرت هي إلى فرجه بشهوة، فعند أبي حنيفة: يكون رجعة.

وعند أبي يوسف: لا يكون رجعة، وإن نظر إلى دبرها بشهوة، لا يكون رجعة إجماعاً؛ لأنه لا يجري مجرى الفرج.

ولا يجوز تعليق الرجعة بالشرط مثل أن يقول: إذا جاء غد، فقد راجعتك، أو إذا دخلت الدار، أو إذا فعلت كذا، فهذا لا يكون رجعة إجماعاً.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ) يقول لهما: اشهدا أني قد

راجعت امرأتي فلانة، أو ما يؤدي عن هذا المعنى، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1]؛ ولأنه لا يأمن أن تنقضي العدة، فلا تصدقه على الرجعة.

قوله: (وَإِذَا لَمْ يُشْهِدْ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ) وقال مالك: لا تصح للآية، والأمر للوجوب.

ولنا: إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد، وهو قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[4]، وقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه: «مر ابنك فليراجعها»[5]، ولم يذكر الإشهاد في شيء من هذا؛ ولأنه استدامة النكاح، والشهادة ليست بشرط فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء، إلا أنه يستحب الإشهاد كي لا يجري التناكر فيها، والآية محمولة على الاستحباب، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة، أي قرن المراجعة بالمفارقة في قوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[6]، والإشهاد في المفارقة مستحب، فكذا في المراجعة .

قوله: (وَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ فَقَالَ قَدْ كُنْت رَاجَعْتهَا فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقَتْهُ فَهِيَ رَجْعَةٌ وَإِنْ كَذَّبَتْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا)؛ لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال، فكان متهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة، وهذا إذا ادعى بعد انقضاء العدة.

قوله: (وَلاَ يَمِينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وهذه من المسائل الثمان التي لا يستحلف فيها، وقد بيناها في النكاح، وتستحلف المرأة على انقضاء العدة بالإجماع.

قوله: (وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ قَدْ رَاجَعْتُك فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقال أبو يوسف: القول قول الزوج، وتصح الرجعة.

والخلاف فيما إذا قالت له على الفور متصلاً بكلامه. أما إذا سكتت ساعة، ثم قالت له ذلك صحت الرجعة بالإجماع. وتستحلف في هذه المسألة عند أبي حنيفة؛ لأنها بنكولها تبذل الامتناع من الأزواج، والكون في منزل الزوج - وهذا مما يصح بذله - فلهذا صح منها - ولا يقال: إذا نكلت صحت الرجعة، والرجعة لا يصح بذلها. فنقول: إنما ثبت بنكولها العدة، والزوج يملك الرجعة من طريق الحكم لبقاء العدة لا بقولها. ولو

---

(1) سورة الطلاق: 2.
(2) سورة البقرة: 231.
(3) سورة البقرة: 230.
(4) سورة البقرة: 228.
(5) تقدم تخريجه.
(6) سورة الطلاق: 2.

بـــدأت المرأة بالكلام، فقالت: انقضت عدتي، فقال الزوج: مجيباً لها موصولاً بكلامها: راجعتك لم تصح الرجعة، كذا في الخجندي.

قوله: (وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الأَمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا قَدْ كُنْت رَاجَعْتها فَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى وَكَذَّبَتْهُ الأَمَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) وهذا عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول المولى؛ لأن بضعها مملوك له، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج، فشابه الإقرار عليها بالنكاح.

ولهمـــا: أن حكم الرجعة يبتنى على العدة، والقول في العدة قولها، فكذا فيما يبتنى عليها؛ ولأن المولى لا مدخل له في ذلك؛ لأن الرجعة إلى الزوج والعدة من الأمة، ألا ترى أن المـــولى لو قال للزوج: أنت قد راجعتها، فأنكر الزوج لم يقبل قول المولى عليه. ولو كذبـــه المولى وصدقته الأمة، فعندهما: القول قول المولى، وكذا عنده في الصحيح؛ لأنها منقضـــية العدة في الحال، وقد ظهر ملك المتعة للمولى، فلا يقبل قولها في إبطالها بخلاف الأول؛ لأن المـــولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة، ولا يظهر ملكه مع العدة، وإن قالـــت: قـــد انقضت عدتي، وقال الزوج والمولى لم تنقض، فالقول قولها؛ لأنها أمينة في ذلك.

قـــوله: (وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنْ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَضَتْ الْعِدَّةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِـــلْ)؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض، فانقضت العدة، وانقطعت الرجعة.

قوله: (وَإِنْ انْقَطَعَ لأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ الصَّلاَةِ) كاملة؛ لأن فيما دون العشرة يحتمل عود الدم، فلا بد من الغسل، أو مضـــي وقت الصلاة، وهذا إذا كانت مسلمة. أما إذا كانت كتابية، فإن عدتها تنقضي بـــنفس الانقطاع، وانقطعت رجعتها سواء كان الانقطاع لأكثر الحيض أو لأقله؛ لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة؛ لأن فرض الغسل لا يلزمها.

وقـــوله: «أو يمضي عليها وقت صلاة»: وهذا إذا انقطع أول الوقت، فإن انقطع آخره يعتبر أدنى وقت تقدر فيه على الاغتسال والتحريمة.

قـــوله: (أَوْ تَتَيَمَّمُ وَتُصَلِّي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ إِذَا تَيَمَّمَتْ انْقَطَعَتْ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تُصَلِّ) يعني إذا كانت مسافرة فتيممت.

لهما: إن التيمم لا يرفع الحدث، ألا ترى أنها لو رأت الماء بطل تيممها وصار كأن لم يكـــن، فلم تنقطع الرجعة، وليس كذلك إذا صلت؛ لأنه تعلق بالتيمم حكم لا يلحقه

الفسخ، ألا ترى أنها لو رأت الماء لم تبطل تلك الصلاة، فصار كالغسل.

ولمحمد: أنها إذا تيممت استباحت به ما تستبيحه بالغسل، فصار كما لو اغتسلت.

ثم قيل: تنقطع الرجعة بنفس الشروع في الصلاة عندهما.

وقيل: بعد الفراغ، وصحح في الفتاوى، أنها تنقطع بالشروع.

قوله: (فَإِنْ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ الْمَاءُ فَإِنْ كَانَ عُضْوًا كَامِلاً فَمَا فَوْقَهُ لَمْ تَنْقَطِعْ الرَّجْعَةُ وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتْ) وذلك قدر إصبع، أو إصبعين. والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة؛ لأنها قد غسلت أكثر بدنها، وللأكثر حكم الكل، إلا أن في الاستحسان تبقى الرجعة؛ لأن الحدث باق ببقائه، فكأنها لم تغتسل. وإن بقي أقل من عضو انقطعت الرجعة؛ لأن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته، فلا تيقن لعدم وصول الماء إليه، فقلنا: تنقطع الرجعة، إلا أنها لا يحل لها التزوج احتياطاً. وأما إذا بقيت المضمضة والاستنشاق.

قال محمد: أبينها من زوجها، ولا تحل للأزواج ما لم تأت بذلك.

وعن أبي يوسف: روايتان:

إحداهما: أن الرجعة لا تنقطع؛ لأن الحدث في عضو كامل.

والثانية: مثل قول محمد؛ لأن المضمضة والاستنشاق مختلف في وجوبهما، والرجعة يعتبر فيها الاحتياط، فلا يجوز إثباتها بالشك، ولا تستبيح الأزواج بالشك.

وأما إذا اغتسلت بسؤر حمار وتيممت، فلا رجعة عليها، ولا تحل للأزواج؛ لأن سؤر الحمار مشكوك فيه، فإن كان طاهراً انقطعت الرجعة وحلت للأزواج، وإن كان نجساً بقيت الرجعة، ولم تحل للأزواج، فاعتبر الاحتياط في الحيثيتين، فقالوا: تنقطع الرجعة، ولا تحل للأزواج.

قوله: (وَالْمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّقُ وَتَتَزَيَّنُ)؛ لأنها حلال للزوج؛ إذ النكاح قائم بينهما، ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها.

وقوله: «تتشوق»: أي تنتظر، وتتطاول كي يراها الزوج.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِهَا أَنْ لاَ يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا) يعني بالتنحنح، وما أشبهه.

قوله: (أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْلَيْهِ) هذا إذا لم يكن قصده المراجعة؛ لأنها ربما تكون متجردة، فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً. ثم يطلقها، فتطول عليها العدة، وقد

نهى الله تعالى عن ذلك بقوله: ﴿ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴾ [1]، نزلت هذه الآية في ثابت بن يسار الأنصاري طلق امرأته، حتى إذا انقضت عدتها، إلا يومين، أو ثلاثة وكادت تبين منه راجعها، ثم طلقها ففعل بها مثل ذلك، حتى مضت عليها سبعة أشهر مضارة لها بذلك، وكان الرجل إذا أراد أن يضار امرأته طلقها، ثم يتركها حتى تحيض الحيضة الثالثة، ثم راجعها، ثم طلقها فتطول عليها العدة، فأنزل الله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ [2] الآية، ومعناها: ﴿إذا طلقتم النساء﴾[3] تطليقة، أو تطليقتين، ﴿ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ ﴾ [4]، أي قاربن وقت انقضاء العدة، ﴿ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [5]، أي أمسكوهن بالرجعة على أحسن الصحبة لا بتطويل العدة، ﴿ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ ﴾ [6]، أي اتركوهن، حتى تنقضي عدتهن ﴿ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا ﴾ [7]، أي ولا تحبسوهن مضارة لهن بتطويل العدة، ﴿ لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴾ [8] عليهن، أي تظلموهن بذلك وليس له أن يسافر بها، حتى يشهد على رجعتها، لقوله تعالى ﴿ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [9]، نزلت في المعتدات من الرجعي.

فإن قيل: الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح، فلم لا تكون المسافرة بها رجعة؟

قلنا: المسافرة لا تكون أعظم من السكنى معها في منزل واحد، وذلك لا يكون رجعة، فكذا المسافرة بها.

قوله: (وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لاَ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ) وقال الشافعي: يحرمه.

وفائدته: في وجوب المهر بالوطء، فعندنا: لا يجب.

وعنده: يجب إذا وطئها قبل أن يراجعها.

لنا: أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، ولا يرفع العقد بدليل أن له مراجعتها من غير رضاها ويلحقها الظهار، والإيلاء، واللعان، ولهذا لو قال: نسائي طوالق دخلت في جملتهن، وإن لم ينوها.

---

(1) سورة البقرة: 231.
(2) سورة البقرة: 231.
(3) سورة البقرة: 231.
(4) سورة البقرة: 231.
(5) سورة البقرة: 231.
(6) سورة البقرة: 231.
(7) سورة البقرة: 231.
(8) سورة البقرة: 231.
(9) سورة الطلاق: 1.

{مطلب فيما تحل به المطلقة}

قوله: (وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وَبَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا)؛ لأن حل المحلية باق؛ لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة، فينعدم قبله، وله منع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه له.

قوله: (وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّة أَوْ اثْنَتَيْنِ فِي الأَمَة لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا) المراد بالدخول: الوطء حقيقة، وثبت شرط الوطء بإشارة النص، وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة؛ إذ العقد قد استفيد بإطلاق اسم الزوج، أو يزاد على النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر»، ولا خلاف لأحد من العلماء في هذا سوى سعيد بن المسيب، وقوله غير معتبر، حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها غيره، فأغلق الباب، وأرخى الستر، وكشف الخمار، ثم فارقها»، فقال عليه السلام: «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر»[1]، واحتج ابن المسيب بظاهر قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (3/237-238): قال عليه السلام: «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر». قلت: رواه الأئمة الستة في «كتبهم» من حديث عائشة. قالت: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجت زوجاً غيره، فدخل بها، ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول؟ قال: لا، حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول، انتهى. وروى الجماعة إلا «أبا داود» عن الزهري عن عروة عن عائشة، قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني، فأبت طلاقي، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وأن ما معه مثل هدبة الثوب، فتبسم عليه السلام، وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك، انتهى. وفي لفظ في «الصحيحين» أنها كانت تحت رفاعة، فطلقها آخر ثلاث تطليقات، الحديث. ذكره البخاري في «الشهادات-والطلاق»، وذكره في «اللباس»، وزاد فيه من قول عائشة: فصار ذلك سنة بعده. ومسلم، وأبو داود في «الطلاق»، والباقون في «النكاح»، وفي لفظ للبخاري، كذبت، والله يا رسول الله، إني لأنفضها نفض الأديم، ولكنها ناشز، تريد أن ترجع إلى رفاعة، فقال عليه السلام: فإن كان ذلك لم تحلين له حتى يذوق من عسيلتك، قال: وكان مع رفاعة ابنان له من غيرها، فقال له عليه السلام: بنوك هؤلاء؟ قال: نعم، فقال لها: هذا، وأنت تزعمين ما تزعمين؟! فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب، انتهى. وهو كذلك في «الموطأ» أخبرنا مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رفاعة بن سَمَوْأَل طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثاً في عهد
=

غَيْرَهُ﴾ (1).

قلنا: لا حجة له؛ لأن الله تعالى لما ذكر النكاح والزوج دل على اعتبار أمرين. ولو كان يكفي أحدهما لاقتصر عليه. ثم الشرط في الوطء هو الإيلاج دون الإنزال؛ لأن الإنزال كمال ومبالغة، والكمال قيد، والنص مطلق، وسواء وطئها الزوج الثاني في حيض، أو نفاس، أو صوم، أو إحرام، فإنها تحل بذلك الوطء بعد أن يكون النكاح صحيحاً. ولو كان الزوج الثاني عبداً، أو مدبراً، أو مكاتباً تزوج بإذن مولاه، ودخل بها حلت للأول. ولو طلقها ثلاثاً فتزوجت زوجاً آخر، فطلقها ثلاثاً قبل أن يدخل بها، فتزوجت بزوج ثالث، فدخل بها حلت للأولين، كذا في الكرخي.

مسألة: المطلقة ثلاثاً إذا كانت مفضاة، فتزوجت بزوج آخر، ودخل بها الثاني لا تحل للأول ما لم تحبل لاحتمال أن يكون الوطء حصل في الدبر، فإذا حبلت علمنا أن الوطء حصل في القبل. وقد نظم الفقيه الأجل سراج الدين أبو بكر بن علي بن موسى الهاملي رحمه الله في ذلك نظماً جيداً، فقال:

وفي المفضاة مسألة عجيبه ... لدى من ليس يعرفها غريبه
إذا حرمت على زوج وحلت ... لثان نال من وطء نصيبه
فطلقها فلم تحبل فليست ... حلالاً للقديم ولا خطيبه
لشك أن ذاك الوطء منها ... بفرج أو شكيلة القريبه
فإن حبلت فقد وطئت بفرج ... ولم تبق الشكوك لنا مريبه

قوله: (وَالصَّبِيُّ الْمُرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ كَالْبَالِغِ) معناه: إذا كانت آلته تتحرك

=

رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنكحها عبد الرحمن بن الزبير، فلم يستطع أن يمسها، ففارقها، فأراد رفاعة أن ينكحها، فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: لا تحل لك حتى تذوق العسيلة، انتهى. وروى الطبراني في «معجمه الوسط» حدثنا محمد بن شعيب حدثنا عبد الرحمن بن سلمة حدثنا سلمة بن الفضل عن محمد بن إسحاق عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، قالت: كانت امرأة من قريظة يقال لها: تميمة بنت وهب، تحت عبد الرحمن بن الزبير، فطلقها، فتزوجها رفاعة -رجل من بني قريظة- ثم فارقها، فأرادت أن ترجع إلى عبد الرحمن بن الزبير، فقالت: والله يا رسول الله ما هو منه إلا كهدبة ثوبي، فقال: والله يا تميمة لا ترجعين إلى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره، انتهى. وقال: لم يروه عن ابن إسحاق، إلا سلمة بن الفضل، انتهى. وهذا المتن عكس متن الصحيح، وروى أحمد في «مسنده» حدثنا مروان حدثنا عبد الملك المكي حدثنا عبد الله بن أبي مليكة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «العسيلة: هي الجماع»، انتهى. وأخرجه الدارقطني في «سننه»، والمكي مجهول.

(1) سورة البقرة: 230.

وتشـــتهي، ويجب على المرأة الغسل بوطئه لالتقاء الختانين، وهو سبب لنـــزول مائها. وأمـــا الصـــبي: فلا غسل عليه، وإن كان يؤمر به تخلقاً، وإن كان الزوج الثاني مسلولاً ينتشـــر، ويجامِع حلت منه؛ لأنه يوجد منه المخالطة، وإنما يعدم منه الإنزال، وهو ليس بشرط، فصار كالفحل إذا جامع، ولم ينـــزل.

والمسلول: هو الذي خلست أنثياه.

وأما المجبوب: فإن وطأه لا يحلها للأول؛ لأنه لم يوجد منه إلا الملاصقة والإباحة إنما تحصل بالتقاء الختانين، فإن حملت من المجبوب، وولدت حلت للأول، وكانت محصنة عند أبي يوسف.

وقال زفر والحسن: لا تحل للأول، ولا تكون محصنة.

قوله: (وَوَطْءُ الْمَوْلَى أَمَتَهُ لاَ يَحِلُّهَا لَهُ)؛ لأن الله تعالى شرط أن يكون الوطء من زوج، والمولى ليس بزوج، والوطء في النكاح الفاسد لا يحلها للأول. وقد قالوا في الأمة إذا اشـــتراها الزوج، وقد طلقها اثنتين لم يحل له وطؤها بملك اليمين، حتى تتزوج غيره، ويـــدخل بهـــا. وكذا لو أعتقت، فأراد أن يتزوجها لم يكن له ذلك؛ لأن الطلاق أوجب تحـــريماً لا يرتفع إلا بوطء الزوج، ولو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً وطلقها ثلاثاً جاز له أن يتزوجها، ولو لم تنكح زوجاً غيره.

قـــوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ) لقوله عليه السلام: «لعن الله المحلـــل والمحلل له»، وقال «ألا أنبئكم بالتيس المستعار، قيل: من هو؟ قال المحلل»[1]، وهذا يفيد الكراهة.

وصورته: أن يقول: تزوجتك على أن أحللك، أو قالت المرأة ذلك. أما إذا أضمر الثاني في قلبه الإحلال للأول، ولم يشترطه في العقد لفظاً، ودخل بها حلت للأول إجماعاً، كذا في المصفى.

وقوله: «فالنكاح مكروه»: يعني للثاني والأول.

قوله: (فَإِنْ وَطِئَهَا حَلَّتْ لِلأَوَّلِ) هذا عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: النكاح فاسد؛ لأنه في معنى المؤقت، ولا تحل للأول لفساده.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (73/2): حديث: «لعن الله المحلل والمحلل له» الترمذي والنسائي عن ابن مسعود ورواته ثقات. ولأبي داود والترمذي وابن ماجه وأحمد، عن علي نحوه. وفيه الحارث الأعور. وعن جابر وفيه مجالد بن سعيد، ولابن ماجه عن عقبة بن عامر رفعه: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»، ورواته موثقون.

وقال محمد: النكاح صحيح، ولا تحل للأول؛ لأنه استعجل ما أخره الشرع، فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ زَوْجًا آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الأَوَّلِ عَادَتْ بِثَلاَثِ تَطْلِيقَاتٍ وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي مَا دُونَ الثَّلاَثِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلاَثَ)، وهذا عندهما.

وقال محمد: لا يهدم ما دون الثلاث، وبه قال الشافعي.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلاَثًا فَقَالَتْ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ بِزَوْجٍ آخَرَ وَدَخَلَ بِي الزَّوْجُ وَطَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ) إنما ذكره هكذا مطولاً؛ لأنها لو قالت: حللت لك فتزوجها، ثم قالت: إن الثاني لم يدخل بي إن كانت عالمة بشرط الحل للأول لم تصدق، وإن لم تكن عالمة به صدقت. وأما إذا ذكرته مطولاً كما ذكر الشيخ، فإنها لا تصدق على كل حال.

وفي المبسوط: لو قالت: حللت لك، لا تحل له ما لم يستفسرها، وإن تزوجها ولم يسألها، ولم تخبره بشيء، ثم قالت: لم أتزوج زوجاً آخر، أو تزوجت، ولم يدخل بي، فالقول قولها، ويفسد النكاح.

وفي الفتاوى: إذا كانت ممن تعرف شرائط الحل، فدخولها في العقد اعتراف بانقضاء العدة. ولو أن الزوج الثاني أنكر الدخول وادعت هي الدخول، فالقول قولها وإن كان هو الذي أقر بالدخول، وهي تنكر لم تحل للأول، ولا يصدق الثاني عليها، ولا يلتفت إلى قوله أنه دخل بها، كذا في الينابيع، والله أعلم.

كتاب الإيلاء[1]

هو في اللغة: اليمين.

وفي الشرع: عبارة عن اليمين على ترك وطء الزوجة في مدة مخصوصة.

والإيلاء ممدود؛ لأنه مصدر آلى إيلاء والمولي، من لا يمكنه قربان امرأته في المدة إلا بشيء يلزمه بسبب الجماع في المدة.

قوله رحمه الله: (**إِذَا قَالَ الزَّوْجُ لامْرَأَتِهِ وَاللَّهِ لاَ أَقْرَبُكِ أَوْ وَاللَّهِ لاَ أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ**) وإن قال: والله لا أقربك وأنت حائض لا يكون مولياً؛ لأنه ممنوع من وطئها من غير يمين، فلم يكن المنع مضافاً إلى اليمين، وإنما قال: لا أقربك، ولم يقل لا أطؤك؛ لأن القربان عبارة عن الوطء، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾[2]. وأراد به الجماع، فإن قال: لم أرد به الجماع لم يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، وكذا لو قال: والله لا أجامعك، أو لا أباضعك، أو لا أطؤك، أو لا أغتسل منك

---

(1) الإيلاء في اللغة هو الحلف مطلقاً سواء كان على ترك قربان الزوجة أو على شيء آخر، مأخوذ من آلى على كذا يولي إيلاء إذا حلف على فعل شيء أو تركه.

وفي الاصطلاح الحنفي هو: أن يحلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته ألا يقرب زوجته أربعة أشهر أو أكثر أو يعلق على قربانها أمراً فيه مشقة على نفسه، وذلك كأن يقول الرجل لزوجته: والله لا أقربك مدة أربعة أشهر أو مدة سنة، أو يقول: والله لا أقربك أبداً أو مدة حياتي، أو والله لا أقربك ولا يذكر مدة، أو يقول: إن قربتك فلله علي صيام شهر أو حج أو إطعام عشرين مسكيناً ونحو ذلك مما يكون فيه مشقة على النفس، فإن كل هذا يعتبر إيلاء، أما إذا امتنع الرجل من قربان زوجته بدون يمين فإنه لا يكون إيلاء، ولو طالت مدة الامتناع حتى بلغت أربعة أشهر أو أكثر، بل يعتبر سوء معاشرة يبيح للمرأة طلب الفرقة عند المالكية. وكذلك لو حلف الزوج بغير الله تعالى أو علق على قربان زوجته أمراً ليس فيه مشقة على النفس كصلاة ركعتين أو إطعام مسكين مثلاً لا يكون مولياً. ومثل هذا لو كانت المدة التي حلف على ترك قربان زوجته فيها أقل من أربعة أشهر لا يكون مولياً عند الجمهور من الفقهاء؛ لقول الله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ (سورة البقرة الآية 226)، فإنه سبحانه ذكر للإيلاء في حكم الطلاق مدة مقدرة وهي أربعة أشهر فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاء في حق هذا الحكم، ولأن الإيلاء هو اليمين التي تمنع الزوج من قربان زوجته خوفاً من لزوم الحنث ووجوب الكفارة أو ما يكون فيه مشقة، ولو حلف على ترك قربانها أقل من أربعة أشهر أمكنه الاتصال بها من غير شيء يلزمه فلا يكون إيلاء فلو قال الرجل: والله لا أقرب زوجتي مدة شهرين أو ثلاثة لا يكون مولياً، ولا يترتب عليه حكم الإيلاء.

انظر: الأحوال الشخصية لزكي الدين شعبان (ص 501-502).

(2) سورة البقرة: 222.

من جنابة، وقال: لم أرد به الجماع لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، وإن قال: والله لا أمسك، أو لا يجتمع رأسي ورأسك، أو لا أدنو منك، أو لا أدخل عليك، أو لا أقرب فراشك، أو لا يمس جلدي جلدك. فإن في هذه الألفاظ إذا قال: لم أرد به الجماع صدق قضاء وديانة؛ لأنها تحتمل الجماع وغيره، فإن قال: نويت بها الجماع كان مولياً. وكذا إذا حلف لا يأتيها، أو لا يغشاها إن نوى الجماع كان مولياً، وإلا فلا، وينعقد الإيلاء بكل لفظة ينعقد بها اليمين كقوله: بالله، وتالله، وعظمة الله وجلاله وكبريائه، ولا ينعقد بما لا ينعقد به اليمين كقوله: وعلم الله لا أقربك، وعلي غضب الله وسخطه إن قربتك، وإن جعل للإيلاء غاية، إن كان لا يرجى وجودها في مدة الإيلاء كان مولياً، كما إذا قال: والله لا أقربك، حتى أصوم المحرم، وهو في رجب أو لا أقربك، إلا في مكان كذا وبينه وبينه مسيرة أربعة أشهر فصاعداً، فإنه يكون مولياً، وإن كان أقل لم يكن مولياً، وكذا إذا قال: حتى تفطمي طفلك وبينها وبين الفطام أربعة أشهر فصاعداً، وإن كان أقل لم يكن مولياً. وإن قال: لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها، أو حتى تخرج الدابة، أو الدجال كان القياس، أن لا يكون مولياً؛ لأنه يرجى وجود ذلك ساعة فساعة، وفي الاستحسان يكون مولياً؛ لأن هذا اللفظ في العرف والعادة إنما يكون للتأبيد، وكذا إذا قال: حتى تقوم الساعة، أو حتى يلج الجمل في سم الخياط، فإنه يكون مولياً، وإن كان يرجى وجوده في المدة لا مع بقاء النكاح، فإنه يكون مولياً أيضاً مثل أن يقول: والله لا أقربك، حتى تموتي، أو تقتلي، أو حتى أموت، أو أقتل، أو حتى أطلقك ثلاثاً، فإنه يكون مولياً إجماعاً. وكذا إذا كانت أمة فقال: لا أقربك حتى أملكك، أو أملك شقصا منك يكون مولياً، وإن قال: حتى أشتريك لا يكون مولياً؛ لأنه قد يشتريها لغيره ولا يفسد النكاح، وكذا لو قال: حتى أشتريك لنفسي لا يكون مولياً أيضاً؛ لأنه ربما يشتريها لنفسه شراء فاسداً، وإن قال: حتى أشتريك لنفسي وأقبضك كان مولياً، وإن كان يرجى وجوده مع بقاء النكاح كان مولياً مثل أن يقول: إن قربتك فعبدي حر، أو فامرأتي الأخرى طالق، أو فأنت طالق، فإنه يكون مولياً، وكذا إذا قال: فعلي عتق رقبة، أو الحج، أو العمرة، وإن قال: فعلي أن أصلي ركعتين، أو أغزو لا يكون مولياً عندهما.

وقال محمد: يكون مولياً، وإن جعله غاية، فقال: حتى أعتق عبدي، أو حتى أطلق امرأتي كان مولياً عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً، وإن قال: والله لا أقربك سنة إلا يوماً لا يكون مولياً.

وقال زفر: يكون مولياً؛ لأن اليوم المستثنى يجعل في آخر المدة كما لو قال: إلا

نقصان يوم.

ولنا: أنه لما استثنى يوماً غير معين صار كل يوم في السنة كأنه المستثنى، ألا ترى أنه لو قال: صمت في هذه السنة يوماً احتمل أن يكون ذلك اليوم في ابتدائهما، وأثنائها وآخرها. وأما إذا قال: إلا نقصان يوم كان مولياً؛ لأن النقصان يكون في آخر المدة؛ لأنه عبارة عما بقي.

قوله: (فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ وَسَقَطَ الإِيلاَءُ)؛ لأن اليمين يرتفع بالحنث.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ) بائنة؛ لأنه ظلمها بمنع حقها، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة، وهو المأثور عن عثمان وعلي، والعبادلة الثلاثة، وزيد بن ثابت.

قوله: (فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَقَطْ سَقَطَتْ الْيَمِينُ)؛ لأنها كانت مؤقتة بها، فزالت بانقضائها .

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الأَبَدِ فَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ)؛ لأنها مطلقة، ولم يوجد الحنث، إلا إنه لا يتكرر الطلاق قبل التزويج؛ لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة؛ لأن البائن لا حق لها في الوطء.

قوله: (فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الإِيلاَءُ)؛ لأن اليمين باقية (فَإِنْ وَطِئَهَا وَإِلاَّ وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى) فيعتبر ابتداء هذا الإيلاء من حين التزويج، فإن تزوجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها؛ لأن اليمين باقية ما لم يحنث فيها.

قوله: (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الإِيلاَءِ طَلاَقٌ) لتقييده بطلاق هذا الملك، والآن قد استفاد طلاقاً لم يكن في ملكه يوم اليمين، ولا أضاف يمينه إليه.

قوله: (وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ) لعدم الحنث.

قوله: (فَإِنْ وَطِئَهَا كَفَّرَ عَنْ يَمِينِه) لوجود الحنث.

قوله: (فَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَكُنْ مُولِيًا)؛ لأنه يصل إلى جماعها في تلك المدة من غير حنث يلزمه؛ فلهذا لم يكن مولياً، وإن قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين كان مولياً، وإن قال: والله لا أقربك شهرين ومكث يوماً، ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً؛ لأن الثاني إيجاب مبتدأ، وقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى بشهرين، وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوماً مكث فيه، فلم يتكامل مدة المنع،

وكذا إذا قال: والله لا أقربك شهرين ومكث ساعة ثم قال: والله لا أقربك شهرين لم يكن مولياً لما ذكرنا، وإن قال: والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لم يكن مولياً؛ لأنه عند إعادة حرف النفي صار الثاني إيجاباً آخر، وإذا كان كذلك صَارَا أَجَلَيْنِ فَتَدَاخَلاَ، ألا ترى أن من قال: والله لا أكلم فلاناً يوماً، ولا يومين أن اليمين ينقضي بيومين، كذا في النهاية.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ فَهُوَ مُولٍ) لتحقق المنع باليمين، وهو ذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة. أما الحج، فإنه يلزمه لأجله مال في الغالب، وكذا لو حلف بعمرة، أو هدي؛ لأن العمرة يحتاج في أدائها إلى مال، والهدي من جملة الكفارات، وكذا الصوم من موجب الكفارات، وكذا الصدقة، والعتق، والاعتكاف؛ لأنه لا يصح إلا بالصوم، وإن قال: إن قربتك فلله علي صوم شهر كذا إن كان ذلك الشهر يمضي قبل مضي أربعة أشهر، فليس بمول؛ لأنه إذا مضى أمكنه الوطء في المدة من غير شيء يلزمه، وإن كان لا يمضي إلا بعد أربعة أشهر، فهو مولٍ؛ لأنه لا يتوصل إلى وطئها في المدة، إلا بصيام يلزمه. وأما إذا حلف بطلاق، فإنه لا يتوصل إلى وطئها إلا بمعنى يلزمه من أحكام اليمين، وكذا إذا حلف بظهار كان مولياً، وإن حلف بصلاة لم يكن مولياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد والحسن وزفر: يكون مولياً؛ لأن الصلاة يصح إيجابها بالنذر، فصارت كالحج والصوم.

ولهما: إن الصلاة ليست من أحكام الأيمان، ولا يلزمه لأجلها مال في الغالب، فصار كمن حلف بصلاة الجنازة، أو سجدة التلاوة، وهذا كله في حق المسلم. أما الذمي: فلا يصح إيلاؤه بالحلف بالحج، والصوم، والصدقة، والاعتكاف؛ لأنه ليس من أهلها. وأما إذا آلى باسم من أسماء الله، فإنه يكون مولياً عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وإن حلف بطلاق، أو عتاق يكون مولياً بالإجماع.

وصورة الحلف بالصوم: أن يقول: إن قربتك فلله علي صوم شهر. أما إذا قال: هذا الشهر لا يكون مولياً، ولا يلزمه شيء.

وصورة الحلف بالحج: أن يقول: إن قربتك فلله علي حجة.

وصورة الحلف بالصدقة: أن يقول: إن قربتك فلله علي صدقة كذا.

وصورته في العتق والطلاق: وهو أن يقول: إن قربتك فعلي عتق رقبة: أو عتق عبدي هذا: وفي الطلاق إن قربتك: فأنت طالق: أو فلانة طالق: وزوجة له أخرى. وفي مسألة تعيين الطلاق والعتاق يشترط بقاء المحلوف عليه في ملكه إلى أن تمضي المدة، حتى لو باع العبد، أو مات قبل مضي المدة سقط الإيلاء. ثم إذا عاد إلى ملكه بوجه من

الوجوه قبل القربان انعقد الإيلاء، وإن دخل في ملكه بعد القربان لا ينعقد الإيلاء. مثاله: إذا قال: إن قربتك فعبدي هذا حر، ثم باعه سقط الإيلاء؛ لأنه لا يلزمه بالقربان شيء، ثم إذا عاد إلى ملكه قبل القربان انعقد الإيلاء، وإن دخل في ملكه بعد القربان لا ينعقد. وإن قال: إن قربتك فعبداي هذان حران، فمات أحدهما، أو باع أحدهما لا يبطل الإيلاء؛ لأنه يلزمه بالقربان عتق الباقي، وإن ماتا جميعاً، أو باعهما جميعا معاً، أو على التعاقب بطل الإيلاء، فإن دخل أحدهما في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان انعقد الإيلاء، ثم إذا دخل الآخر في ملكه انعقد الإيلاء من وقت دخول الأول. وإن قال: إن قربتك فعلي نحر ولدي، فهو مولٍ.

وقال زفر: لا يكون مولياً. وهذا فرع على أن هذا النذر يوجب ذبح شاة، وذلك من جملة الكفارات.

قوله: (وَإِنْ آلَى مِنْ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كَانَ مُولِيًا)؛ لأن الزوجية بينهما قائمة، فإن انقضت عدتها قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية.

قوله: (وَإِنْ آلَى مِنْ الْبَائِنِ لاَ يَكُونُ مُولِيًا)؛ لأن البائن لا حق لها في الوطء، فلم يكن مانعاً حقها بخلاف الرجعية، فإن لها حقّاً في الوطء؛ لأنها زوجة وإذا آلى من امرأته، ثم أبانها فمضت أربعة أشهر، وهي في العدة وقعت أخرى بالإيلاء؛ لأن ابتداء الإيلاء كان، وهي زوجة، فصح الإيلاء، فإذا أبانها، فالمبتوتة تلحقها البينونة بعقد سابق وإن كان لا يلحقها ابتداء كذا في الكرخي.

ولو آلى من امرأته في مجلس واحد ثلاث مرات فقال: والله لا أقربك، والله لا أقربك، والله لا أقربك، إن أراد التكرار، فالإيلاء واحد، واليمين واحدة. وإن لم يكن له نية فالإيلاء واحد واليمين واحدة، وإن أراد التغليظ والتشديد، فالإيلاء واحد، واليمين ثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى إذا مضت أربعة أشهر، ولم يقربها بانت بتطليقة، وإن قربها أوجب ثلاث كفارات.

وقال محمد وزفر: الإيلاء ثلاث، واليمين ثلاث، والإيلاء الأول ينعقد حين ما يلفظ بالأول، والثاني حين ما يلفظ بالثاني، والثالث حين ما يلفظ بالثالث، فإذا مضت أربعة أشهر، ولم يقربها بانت بتطليقة، فإذا مضت ساعة بانت بأخرى، فإذا مضت ساعة بانت بأخرى، وإذا قربها وجب عليه ثلاث كفارات. وأجمعوا أنه إذا آلى من امرأته في ثلاث مجالس، فالإيلاء ثلاث، واليمين ثلاث.

ثم الإيلاء على أربعة أوجه:

1 - إيلاء واحد ويمين واحدة: كقوله: والله لا أقربك.

2- وإيلاءان ويمينان: وهو إذا آلى من امرأته في مجلسين، أو قال إذا جاء غد فوالله لا أقربك، وإن جاء بعد غد، فوالله لا أقربك.

3- وإيلاء واحد ويمينان: وهي مسألة الخلاف إذا قال في مجلس واحد: والله لا أقربك، والله لا أقربك، وأراد به التغليظ، فالإيلاء واحد واليمين ثنتان عندهما، حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت بواحدة، وإن قربها وجب كفارتان.

وقال محمد وزفر: الإيلاء اثنان واليمين ثنتان.

4- وإيلاءان ويمين واحدة: وهو إذا قال لامرأته: كلما دخلت هذين الدارين، فوالله لا أقربك، فدخلت إحداهما دخلتين، أو دخلتهما جميعاً دخلة واحدة، فهو إيلاءان ويمين واحد، فالأول ينعقد عند الدخلة الأولى، والثاني عند الدخلة الثانية.

قوله: (وَمُدَّةُ إِيلاَءِ الأَمَةِ شَهْرَانِ) وذلك نصف مدة إيلاء الحرة، فإن أعتقت في مدة الإيلاء، تصير مدتها أربعة أشهر، ولو آلى منها، ثم طلقها، ثم أعتقت تكون عدتها عدة الإماء، ومدة إيلائها مدة الحرائر.

قال الخجندي: إذا طلقها طلاقاً بائناً، ثم أعتقت في العدة لا تتحول عدتها إلى عدة الحرائر، وإن طلقها رجعيا، ثم أعتقت في العدة تحولت إلى عدة الحرائر، والعبد في الإيلاء كالحر، وإنما ينظر إلى الزوجة إن كانت أمة، فمدتها شهران، وإن كانت حرة فأربعة أشهر.

قوله: **(وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى مَرِيضًا لاَ يَقْدرُ عَلَى الْجِمَاعِ أَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَرِيضَةً أَوْ رَتْقَاءَ أَوْ صَغِيرَةً لاَ يُجَامَعُ مِثْلُهَا أَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لاَ يَقْدرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الإِيلاَءِ فَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ فِئْت إِلَيْهَا فَإِذَا قَالَ ذَلِكَ سَقَطَ الإِيلاَءُ)** والأصل: أن الفيء هو الرجوع، ومنه فاء الظل إذا رجع، فلما كان الزوج بترك الوطء في المدة مانعاً لها من حقها جعل رجوعه عن ذلك فيئاً.

والفيء يختص بالمدة بدليل قراءة ابن مسعود، فإن فاءوا فيهن، والفيء عندنا: هو الوطء مع القدرة عليه، فإذا عجز عنه، قام الفيء بالقول مقامه.

وعند الشافعي: لا فيء إلا بالجماع.

ثم العجز على ضربين:

1 - عجز من طريق المشاهدة مثل أن يكون مريضاً لا يقدر على الجماع، أو هي كذلك، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على إتيانها، إلا بعد مضي المدة، أو تكون صغيرة لا يجامع مثلها، أو رتقاء، أو يكون هو مجبوباً، أو تكون هي محبوسة في موضع لا يقدر عليها، أو ناشزة لا يقدر عليها، ففيؤه في جميع هذا القول.

وإن كان هو محبوساً في موضع لا يمكن أن يدخلوها عليه؟

قال في الكرخي: فيؤه القول.

وفي الخجندي: فيؤه الجماع.

2- والعجز الثاني من طريق الحكم مثل أن يكون محرماً، أو صائماً، أو هي كذلك، فهذا فيؤه الوطء عندنا؛ لأنه قادر عليه.

وعند زفر: بالقول؛ لأن المنع منه لحق الله تعالى، فهو كالمنع من طريق المشاهدة. وقوله: ففيؤه أن يقول بلسانه: فئت إليها، أو راجعتها.

وعند أبي حنيفة: يقول: اشهدوا أني فئت إلى امرأتي، وأبطلت إيلاءها، وهذا الإشهاد ليس بشرط. وإنما هو احتياط حتى إذا مضت المدة، وادعى الزوج القول، فكذبته أقام البينة، وإذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة، فالقول قوله؛ لأنه يملك فيها الفيء، وإن اختلفا بعد مضيها، فالقول قولها؛ لأنه يدعي الفيء في حال لا يملكه فيه ولا يمين عليها؛ لأنه مما لا يستحلف فيه.

وقوله: ففيؤه أن يقول بلسانه: فئت إليها هذا إذا آلى، وهو مريض. أما إذا آلى وهو صحيح، ثم مرض ففيؤه لا يصح إلا بالجماع، ثم إذا كان فيؤه بالقول لا يقع الطلاق عليها بمضي المدة.

أما اليمين إذا كانت مطلقة، فهي على حالها، وإذا وطئ لزمته الكفارة؛ لأنها لا تنحل، إلا بالحنث، وذلك إنما يقع بفعل المحلوف عليه. فأما القول فليس بمحلوف عليه، فلا تنحل اليمين به، وإن كانت اليمين مؤقتة بأربعة أشهر، وفاء فيها، ثم وطئها بعد الأربعة الأشهر لا كفارة عليه.

وقوله: فإذا قال ذلك سقط الإيلاء، يعني إذا قال: فئت إليها سقط الإيلاء، أي لا يقع الطلاق بمضي المدة. وأما إذا قربها كفر عن يمينه.

قوله: (وَإِنْ صَحَّ فِي الْمُدَّةِ بَطَلَ ذَلِكَ الْفَيْءُ وَصَارَ فَيْؤُهُ الْجِمَاعَ) أي إذا قدر على الجماع في المدة بطل ذلك القول، وصار فيؤه الجماع؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود كالتيمم مع الماء، وعلى هذا إذا طلقها بعد الإيلاء طلاقاً بائناً لم يصح الفيء منه بالقول؛ لأن الفيء بالقول أقيم مقام الوطء لأجل الضرورة، حتى لا تبين بمضي المدة، وهذا المعنى لا يوجد بعد البينونة، ثم الفيء بالقول يرفع المدة، ولا يرفع اليمين، والفيء بالفعل يرفع المدة واليمين.

قوله: (وَإِذَا قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الْكَذِبَ فَهُوَ كَمَا قَالَ) أي هو كذب في ظاهر الرواية، ولا يكون إيلاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

قال في الينابيع: وهذا فيما بينه وبين الله أما في القضاء، فلا يصدق ويكون يميناً؛

لأن الظاهر أن الحرام في الشرع يمين.

قوله: (وَإِنْ قَالَ نَوَيْت الطَّلَاقَ فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ إلاَّ أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ)؛ لأن قوله: حرام كناية، والكناية يرجع فيها إلى نيته كما ذكرنا في الطلاق.

قوله: (وَإِنْ قَالَ أَرَدْت الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ) هذا عندهما.

وقال محمد: لا يكون ظهاراً لانعدام التشبيه بالمحارم.

ولهما: أنه وصفها بالتحريم، وفي الظهار نوع تحريم، والمطلق يحمل على المقيد إذا نواه.

قوله: (وَإِنْ قَالَ أَرَدْت التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ أُرِدْ بِهِ شَيْئًا فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهَا مُولِيًا)؛ لأن الأصل في تحريم الحلال، إنما هو اليمين عندنا، فإن قال: أردت التحريم، فقد أراد اليمين، وإن قال: لم أرد شيئاً لم يصدق في القضاء؛ لأن ظاهر ذلك اليمين، وإذا ثبت أنه يمين كان بها مولياً.

قال في الكرخي: إذا قال لها: أنت علي حرام، أو قد حرمتك علي، أو أنا عليك حرام، أو قد حرمت نفسي عليك، أو أنت محرمة علي، فهو كله سواء يرجع فيه إلى نيته، فإن قال: أردت الطلاق، فهو طلاق، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة فواحدة، وإن نوى ثنتين فواحدة بائنة، وإن لم يكن له نية، فهو يمين، وهو مول. إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وإن قال: أردت الكذب، فليس بشيء فيما بينه وبين الله، ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء، وإن قال: كل حلال علي حرام إن نوى جميع المباحات صدق؛ لأنه شدد على نفسه، وإن نوى الطعام دون غيره، أو شراباً، أو لباسا دون غيره، أو امرأته دون غيرها صدق، وإن لم يكن له نية، فهو على الطعام والشراب خاصة، وإن قال لامرأته: أنت علي كالميتة، أو كالدم، أو كلحم الخنـــزير، أو كالخمر إن نوى كذباً، فهو كذب، وإن نوى التحريم، فهو إيلاء، وإن نوى الطلاق، فهو طلاق. وإن قال لها: إن فعلت كذا، فأنت أمي يريد به التحريم، فهو باطل؛ لأن التحريم إنما يكون إذا جعلها مثل أمه، فأما إذا قال: أنت أمي، فهو كذب وإن قال: أنت مني حرام، فهو مثل قوله: أنت علي حرام، وإن قال لامرأتيه: أنتما علي حرام، ونوى في إحداهما الطلاق، وفي الثانية الإيلاء فهما طالقتان جميعاً؛ لأن اللفظ الواحد لا يحمل على أمرين، فإذا أرادهما حمل على أغلظهما، فوقع الطلاق عليهما، وإن قال: هذه علي حرام ينوي الطلاق، وهذه علي حرام ينوي اليمين كان على ما نوى؛ لأنهما لفظان، وإن قال: أنتما علي حرام ينوي في إحداهما ثلاثاً، وفي الأخرى واحدة فهما طالقان ثلاثاً ثلاثاً لما بينا أنه يحمل على أغلظهما، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الخلع[1]

هو في اللغة: مشتق من الانخلاع، ومنه خلع النعل، والقميص.

وفي الشرع: عبارة عن عقد بين الزوجين المال فيه من المرأة تبذله، فيخلعها، أو يطلقها.

وحكمه من جهتها: حكم المعاوضة، حتى يجوز لها الرجوع عنه، ويبطل بإعراضها، ويجوز لها فيه شرط الخيار على الصحيح، ولا يصح تعليقه بالأخطار. وحكمه من جهة الزوج: حكم التعليق أي طلاق معلق بشرط، حتى لا يصح رجوعه عنه، ولا يجوز له فيه شرط الخيار، ولا يبطل بإعراضه عنه، ويصح تعليقه بالخطر.

قوله رحمه الله: (إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ وَخَافَا أَنْ لاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ بَأْسَ أَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ يَخْلَعُهَا بِهِ) المشاقة المخالفة والتباعد عن الحق، وهو أن يكون كل واحد منهما في شق على حدة، ولم يدر من أيهما جاء النشوز، وحدود الله ما يلزمهما من موجب النكاح، وهو ما فرضه الله للزوج عليها ولها عليه، وإنما شرط التشاقق؛ لأنه إذا لم يكن منها نشوز، وكان ذلك منه كره له أن يأخذ منها شيئاً.

قوله: (فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ بِالْخُلْعِ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً) سواء نوى، أو لم ينو إذا كان في مقابلته مال؛ لأن بذكر المال في مقابلة الخلع يتعين الانخلاع من النكاح مراداً، فلا يحتاج إلى النية، وإن لم يقابله مال إن نوى به الطلاق وقع وإلا فلا؛ لأنه كناية من كنايات الطلاق. وأما إذا كان في مقابلته المال، فوجود المال مغن عن النية؛ لأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة، ثم الخلع عندنا طلاق.

---

(1) الخلع يجيء على ألسنة فقهاء الشريعة، فيراد به:

أحياناً معنى عام: وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها، سواء أكان بلفظ الخلع أو المباراة، أو كان بلفظ الطلاق، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن.

وأحياناً يطلق ويراد به معنى خاص: وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع، أو ما في معناه كالمباراة، وهذا كان شائعاً على ألسنة المتقدمين من الفقهاء، فكان الطلاق على مال بلفظ الطلاق قسيم الخلع، ولم يكن هذا شاملاً له داخلاً في عمومه.

الوضع الفقهي للخلع: والوضع الفقهي للخلع أنه ينعقد بإيجاب وقبول، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة، فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقاً للطلاق على قبول المال، ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرعات، لهذا الاعتبار المختلف اختلفت أحكامه في الرجل عن المرأة. فيأخذ من الرجل أحكام التعليق. ومن المرأة أحكام المعاوضة التي بها شبه بالتبرع.

انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص 329-330).

وعند الشافعي: فسخ.

وفائدته: إذا خالعها، ثم تزوجها بعد ذلك عادت إليه بتطليقتين لا غير عندنا، وعنده: بثلاث.

قوله: (وَلَزِمَهَا الْمَالُ)؛ لأنه إيجاب وقبول يقع به الفرقة من قبل الزوج، ويستحق العوض منها، وقد وجدت الفرقة من جهته، فلزمها المال، ولا يصح الخلع، والطلاق على مال إلا بالقبول في المجلس. فإن قامت من المجلس قبل القبول، أو أخذت في عمل آخر يدل على الإعراض لا يصح الخلع، ويعتبر فيه مجلسها لا مجلسه، حتى لو ذهب من المجلس، ثم قبلت في مجلسها ذلك صح قبولها، ووقع الطلاق، ولزمها المال، والخلع من جانبه بمنـــزلة اليمين لا يملك الرجوع عنه، ويصح تعليقه بالأخطار، ومن جانبها بمنـــزلة مبادلة المال بالمال، حتى إنها تملك الرجوع عن ذلك قبل قبول الزوج، ولا يصح تعليقه بالأخطار.

بيانه: إذا قال خالعت امرأتي على ألف، أو طلقتها على ألف، وهي غائبة يتوقف على قبولها في مجلس علمها، ولو كانت هي التي قالت ذلك وهو غائب، فإنه لا يصح، حتى إذا بلغه الخبر، فأجازه في مجلس علمه لا يجوز.

قال الكرخي: إذا ابتدأ الزوج، فقال: خالعتك على ألف لم يصح رجوعه عن ذلك، ولم يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها. ويجوز أن يعلقه بشرط، أو بوقت، فيقول: إذا جاء غد، فقد خالعتك على ألف، وإذا قدم زيد، فإن قبلت قبل ذلك لم يجز. وأما إذا ابتدأت هي فقالت: خالعت نفسي عنك بألف، فذلك مثل إيجاب البيع يجوز لها أن ترجع فيه قبل قبوله، ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه، ولا يجوز أن يتعلق بشرط ولا وقت.

وقد ذكر في البدائع: أن الزوج إذا قال: خالعتك على ألف على أني بالخيار ثلاثاً لم يصح خيار الشرط، ويصح الخلع إذا قبلت، وإن شرط الخيار لها فقال: خالعتك بألف على أنك بالخيار ثلاثاً فقبلت، أو شرطت هي لنفسها الخيار جاز عند أبي حنيفة. فإن ردته في الثلاث بطل الخلع، وإن لم ترده تم؛ لأن الذي من جهتها تمليك المال، وشرط الخيار يجوز فيه كالبيع، وعندهما: لا يجوز.

وألفاظ الخلع خمسة: خالعتك بارأتك باينتك فارقتك طلقي نفسك على ألف، فإن قال: خالعتك على ألف فقبلت، فقال: لم أنو بذلك الطلاق لم يصدق؛ لأن ذكر العوض دلالة عليه.

قوله: (فَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا) لقوله تعالى:

﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ﴾ [1]، إلى أن قال: ﴿ فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ [2].

قوله: (وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهَا كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا) يعني من المهر دون النفقة وغيرها لقوله عليه السلام لامرأة ثابت بن قيس «حين جاءت إليه، فقالت يا رسول الله لا أنا ولا ثابت، فقال أتردين عليه حديقته، فقالت نعم وزيادة فقال أما الزيادة فلا» [3]، وقد كان النشوز منها.

وفي الجامع الصغير: يطيب له الفضل أيضاً لإطلاق قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [4].

قوله: (فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ جَازَ فِي الْقَضَاءِ) يعني إذا أخذ الزيادة، وكذا إذا أخذت والنشوز منه.

قوله: (وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَزِمَهَا الْمَالُ وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا) صورته: أنت طالق بألف، أو علي ألف. أما إذا قال: أنت طالق، وعليك ألف، فقبلت طلقت، ولا يلزمها شيء عند أبي حنيفة.

ومعنى المسألة: أن قبولها يوقف على المجلس، فإن قامت منه قبل القبول بطل كخيار المخيرة.

قوله: (وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الْخُلْعِ مِثْلُ أَنْ يُخَالِعَ الْمُسْلِمَةَ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ فَلاَ شَيْءَ لِلزَّوْجِ وَالْفُرْقَةُ بَائِنَةٌ) وإنما لم يجب شيء؛ لأنها ما سمت مالاً ولا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام، ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما إذا خالع على

---

(1) سورة النساء: 20.

(2) سورة النساء: 20.

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (75/2): قوله: وكان النشوز من امرأة ثابت بن قيس، ولذلك قال لها: «أما الزيادة فلا»، أبو داود في المراسيل وعبد الرزاق وابن أبي شيبة، عن عطاء: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم تشتكي زوجها، فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك؟ قالت: نعم، وزيادة، قال: أما الزيادة فلا. ووصله الدارقطني بذكر ابن عباس فيه، وقال: المرسل أصح. وأخرجه ابن ماجه والطبراني من وجه آخر صحيح، عن ابن عباس: أن جميلة بنت سلول، فذكر القصة، وفيها فأمره أن يأخذ منها حديقة ولا يزداد. وأصله في البخاري بدون الزيادة. وأخرجه الدارقطني من طريق ابن الزبير: أن زينب بنت عبد الله بن أبي كانت عند ثابت بن قيس، فذكر نحوه، كذا سماها زينب.

(4) سورة البقرة: 229.

خل بعينه، فظهر خمراً؛ لأنها سمت مالاً، فصار مغروراً، فيجب المهر وبخلاف ما إذا كاتب، أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد؛ لأن ملك المولي فيه متقوم، ولم يرض بزواله مجاناً. أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم، وإنما كان بائنا؛ لأن الخلع من كنايات الطلاق، والكنايات بوائن.

قوله: (وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الطَّلَاقِ كَانَ رَجْعِيًّا) هذا إذا لم يستوف عدد الطلاق، وإنما كان رجعياً؛ لأن صريح الطلاق إذا خلا عن العوض، ولم يوصف بالبينونة كان رجعياً، وهذا أيضاً في الحرة. أما الأمة إذا بذلت مالاً للزوج، وطلقها كان بائنا؛ لأنه يجب عليها بعد العتق.

قوله: (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُون مَهْرًا جَازَ أَنْ يَكُون بَدَلاً فِي الْخُلْعِ) فائدته: أنه يجوز الخلع على حيوان مطلقاً، فيكون له الوسط منه، وتكون المرأة مخيرة بين دفع عينه، أو قيمته، وإنما جاز ذلك؛ لأن الخلع عقد على البضع، فما جاز أن يثبت في النكاح جاز أن يثبت في الخلع، إلا أنه يفارق النكاح في أنها إذا سمت في الخلع خمراً، أو خنـــزيراً، أو ما لا قيمة له، فخلعها عليه لم يكن له عليها شيء، وصح الخلع، وفي النكاح يلزم الزوج مهر المثل. والفرق: أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ودخوله في ملكه له قيمة بدليل أنه إذا تزوجها، ولم يسم لها مهراً ثبت لها مهر المثل بالدخول. وفي الخلع لو خالعها ولم يسم لها شيئاً، ونوى الطلاق طلقت، ولم يكن له عليها شيء.

قوله: (وَإِذَا قَالَتْ لَهُ خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي فَخَالَعَهَا وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا)؛ لأنها لم تغره حيث لم تسم له مالاً، ولا سمت له شيئاً له قيمة، وكذا إذا قالت: علي ما في بيتي، ولم يكن في بيتها شيء صح الخلع، ولا شيء له.

قوله: (وَإِنْ قَالَتْ عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ مَالٍ فَخَالَعَهَا وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا)؛ لأنها لما سمت ما لا لم يكن راضياً بالزوال إلا بعوض، ولا وجه إلى إيجاب المسمى، أو قيمته للجهالة، ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل؛ لأنه غير متقوم حالة الخروج، فتعين ما قام به على الزوج، ثم إذا وجب له الرجوع بالمهر، وكانت قد أبرأته منه لم يرجع عليها بشيء؛ لأن عين ما يستحقه قد سلم له بالبراءة، فلو رجع عليها لرجع لأجل الهبة، وهي لا توجب على الواهب ضماناً.

قوله: (وَإِنْ قَالَتْ عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ دَرَاهِمَ أَوْ مِنْ الدَّرَاهِمِ فَفَعَلَ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ فَلَهُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ)؛ لأنها سمت الجمع، وأقله ثلاثة، وإن وجد في يدها دراهم من ثلاثة إلى أكثر، فهي للزوج، وإن كان في يدها أقل من ثلاثة، فله ثلاثة وإن وقع

الخلع على المهر صح، فإن لم تقبضه المرأة سقط عنه، وإن قبضته استرده منها، وإن خالعها على نفقة عدتها صح الخلع، وسقطت عنه النفقة.

قوله: (وَإِنْ قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الأَلْفِ)؛ لأنها لما طلبت الثلاث بألف، فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وليس كذلك. إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً بألف، فطلقت نفسها واحدة؛ لأنه لم يرض بالبينونة، إلا بكل الألف، فلم يجز وقوع البينونة ببعضها.

قوله: (وَإِذَا قَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلاثًا عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) ويملك الرجعة. وعندهما: هي واحدة بائنة بثلث الألف؛ لأن كلمة «على» بمنـــزلة الباء في المعوضات حتى إن قولهم: احمل هذا المتاع بدرهم، أو على درهم سواء.

ولأبي حنيفة: إن كلمة «على» للشرط، قال الله تعالى: ﴿ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا ﴾[1]. ومن قال لامرأته: أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطاً، وإن كان فيها معنى الشرط، فالشرط لا يتقسم على عدد المشروط، وإنما يلزم المشروط عند وجود جميع الشرط. ألا ترى أنه لو قال لها: إن دخلت الدار ثلاثاً، فأنت طالق ثلاثاً، فدخلت الدار مرة لم يقع عليها شيء لعدم كمال الشرط، فكذا في مسألتنا لما لم يوجد كمال الشرط المستحق به جميع البدل لم يرجع عليها بشيء، وإن قالت: طلقني ثلاثاً، ولك ألف، فطلقها وقع الطلاق، ولا شيء له عليها عند أبي حنيفة؛ لأنها ذكرت الألف غير معلقة بالطلاق، والطلاق لا يتوقف على عوض.

وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمها الألف؛ لأنه لا فرق في الأعواض بين الباء والواو، ألا ترى أن من قال لرجل: احمل لي هذا المتاع، ولك درهم، فحمله استحق الدرهم، فكذا هذا.

والجواب لأبي حنيفة: أن الإجارة لا تصح بغير عوض، والطلاق بخلافه.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لِزَوْجٍ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ)؛ لأنه ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كله بخلاف قولها: طلقني ثلاثاً بألف؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى، **ولو قالت**: طلقني واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة بغير شيء.

وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق ثلاثاً، ويلزمها الألف.

---

(1) سورة الممتحنة: 12.

قوله: (وَالْمُبَارَأَةُ كَالْخُلْعِ) وصورتها: أن يقول: برئت من النكاح الذي بيني وبينك على ألف، فقبلت.

قوله: (وَالْخُلْعُ وَالْمُبَارَأَةُ يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) يعني النكاح القائم حالة المبارأة. أما الذي قبله لا يسقط حقوقه.

وقال أبو يوسف: في المبارأة مثل قول أبي حنيفة. وأما الخلع فهو كالطلاق على مال لا يسقط إلا ما سماه.

وقال محمد: فيهما جميعاً لا يسقط إلا ما سماه.

وصورة المسألة: اختلعت منه على شيء مسمى عين، أو دين وكان المهر غير ذلك، وهو في ذمة الزوج، وقد دخل بها، أو لم يدخل لزمها ما سمت له، ولا شيء لها عليه من المهر عند أبي حنيفة، وعندهما: لها أن ترجع عليه بالمهر إن دخل بها، أو بنصفه إن لم يدخل بها. ولو أنها كانت قد قبضت المهر، ثم بارأها، أو خالعها قبل أن يدخل بها على شيء، فهو جائز، والمهر كله لها، ولا يتبع كل واحد منهما صاحبه بعد الخلع والمبارأة بشيء من المهر. وكذا لو كانت قبضت منه نصف المهر، أو أقل، أو أكثر، ثم اختلعت منه بدراهم مسماة قبل أن يدخل بها فللزوج ما سمت له، ولا شيء لواحد منهما على صاحبه مما في يده من المهر.

وفي التتمة: إذا خالعها على مال معلوم، ولم يذكر المهر، وقبلت هل يسقط المهر؟ هذا موضع الخلاف:

فعند أبي حنيفة: يسقط.

وعندهما: لا يسقط، ولها أن ترجع به إن دخل بها، أو بنصفه إن لم يدخل بها.

وفي شرحه: إذا خالعها، أو بارأها على عبد، أو ثوب، أو دراهم، وكان المهر غير ذلك، فلا شيء له غير ذلك، وإن كان قد أعطاها المهر لا يرجع عليها بشيء منه، وإن كان قبل الدخول ولم يعطها شيئاً منه لم يكن لها عليه شيء، وهذا قول أبي حنيفة ووافقه أبو يوسف في المبارأة. وأما في الخلع فلم يوافقه، وقال: إن الخلع لا يوجب ذلك.

وقال محمد: في كليهما هو كالطلاق على مال، فأبو يوسف مع محمد في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة.

قال في الينابيع: إن كان الخلع بلفظ الخلع برئ الزوج من كل حق وجب لها بالنكاح كالمهر، والنفقة الماضية، والكسوة الماضية، ولا يسقط عنه نفقة العدة، وإن كان

بلفظ المبارأة، فكذلك أيضاً عند أبي حنيفة، فإن كانت قد قبضت مهرها سلم لها، وإن كانت لم تقبضه، فلأي شيء لها على الزوج سواء كان قبل الدخول، أو بعده.

وقال أبو يوسف: إن كان بلفظ المبارأة فكما قال أبو حنيفة، وإن كان بلفظ الخلع لم يسقط إلا ما سميا عند الخلع.

وقال محمد: لا يسقط إلا ما سميا سواء كان بلفظ الخلع، أو بلفظ المبارأة، فعلى قوله: إن كان قبل الدخول، وقد قبضت مهرها وجب عليها رد النصف منه، وإن كان بعد الدخول، فهو لها، وله عليها جميع ما سمت. وأجمعوا أنه إذا كان لأحدهما على صاحبه دين غير المهر بسبب آخر لا يسقط، وهو الذي احترز به الشيخ بقوله: من حقوق النكاح.

مسألة: قال في الواقعات: رجل تزوج بامرأة على مهر مسمى، ثم طلقها طلاقاً بائناً، ثم تزوجها ثانياً على مهر آخر، ثم اختلعت منه على مهرها يبرأ الزوج من المهر الثاني دون الأول، والله أعلم.

كتاب الظهار

الظهار[1]: هو أن يشبه امرأته، أو عضواً من أعضائها يعبر به عن جميعها، أو جزءاً شائعاً منها بمن تحرم عليه على التأبيد.

وأصل ثبوته أول سورة المجادلة، نزلت في خولة بنت ثعلبة امرأة من الخزرج، وفي زوجها أوس بن الصامت، وهو أخو عبادة بن الصامت: «وكانت خولة حسنة الجسم فرآها زوجها، وهي ساجدة في صلاتها، فنظر إلى عجزها، فلما فرغت من صلاتها راودها عن نفسها، فأبت عليه، فغضب، وقال: أنت علي كظهر أمي، وندم بعد ذلك، ثم عاد فراودها عن نفسها، فامتنعت، وقالت: والذي نفس خولة بيده لا تصل إلي، وقد قلت ما قلت: حتى يقضي الله ورسوله بيننا ويحكم الله في وفيك بحكمه. قالت: خولة فوقع علي، فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير الضعيف، ثم خرجت إلى جيرتي، فأخذت منهم ثياباً، فلبستها ومضيت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوجدت عائشة تغسل شق رأسه، فقلت: يا رسول الله، زوجي أوس بن الصامت تزوجني، وأنا شابة مرغوب في وكنت غنية ذات مال، وأهل حتى إذا أكل مالي، وأفنى شبابي، وتفرق أهلي وكبر سني، ونثرت له داء بطني ظاهر مني، وجعلني كأمه ثم ندم على ذلك ولي منه أولاد صغار إن

---

(1) قد تصدر عن الرجل عبارة تدل على تحريم الحياة الزوجية، ولا تدل على إرادة التفريق بل تدل على بقاء العلاقة، وتحولها من علاقة زوجية إلى علاقة محرمية بأن يشبهها بإحدى محارمه، فيقول: أنتِ عليَّ كظهر أمي أو نحو ذلك، فهذا كان يقع بين المسلمين في العصر الأول، ويسمى الظهار، فالظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجه التأبيد بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع.

والظهار لا يكون إلا من زوج بالغ عاقل مسلم، لزوجة قد انعقد زواجها انعقاداً صحيحاً نافذاً، فلو كان العقد موقوفاً على إجازة أحد لا يكون ظهاراً، لأنها حرام عليه فعلاً، فيكون كلامه إخباراً عن الواقع الثابت.

ومن صدر عنه الظهار على هذا الوجه، فإنه لا يحل له أن يأتي زوجته، إلا بعد أن يقوم بكفارة الظهار، وهي عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، ولا يشترط في الرقبة أن تكون مؤمنة عند الحنفية، بل تجزئ المؤمنة وغير المؤمنة، ويشترط في الصيام التتابع، فإن أفطر ولو لعذر استأنف العدد من جديد بعد ذلك، لاشتراط الآية الكريمة ذلك بالنص، وإطعام الستين مسكيناً يكون بغذاء وعشاء كاملين مشبعين أو قيمة ذلك، فإن قام بالكفارة حلت له زوجته. والأصل في ذلك سورة المجادلة الآية 1-4. والحكمة في تلك الكفارة هي منع العبث بالعلاقة الزوجية، ومنع ظلم المرأة، فإن الذين يفعلون ذلك يقصدون به الكيد لها. فجاء الحكم لمنع ذلك التلاعب، وهذا الظلم.

انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص 341-342).

ضممتهم إليه ضاعوا، وإن ضممتهم إلي جاعوا، فهل شيء يا رسول الله يجمعني وإياه؟ فقال صلى الله عليه وسلم: ما أراك إلا قد حرمت عليه، فقلت: يا رسول الله ما ذكر طلاقاً، وإنه زوجي وابن عمي وأبو أولادي، وأحب الناس إلي، وهو شيخ كبير لا يستطيع أن يخدم نفسه، فقال صلى الله عليه وسلم حرمت عليه قالت: فجعلت أراجع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول حرمت عليه، حرمت عليه، فقلت: يا رسول الله لا تقل ذلك فوالله ما ذكر طلاقاً، فقال صلى الله عليه وسلم: ما عندي في أمرك شيء، وإن نزل في أمرك شيء بينته لك، فهتفت وبكت وجعلت تراجع رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم قالت: اللهم إني أشكو إليك شدة وجدي، وفاقتي، ووحدتي، وما يشق علي من فراقه، ورفعت يدها إلى السماء تدعو، وتتضرع فبينما هي كذلك؛ إذ تغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي كما كان يغشاه، فلما سري عنه قال: يا خولة قد أنزل الله فيك وفي زوجك القرآن ثم تلا، قوله عز وجل: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِىٓ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَآ﴾ [1] إلى آخر الآيات فقالت عائشة تبارك الذي وسع سمعه كل شيء وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌۢ بَصِيرٌ﴾ [2] أي سميع بمن يناجيه ويتضرع إليه بصير بمن يشكو إليه فقال صلى الله عليه وسلم: «مريه فليعتق رقبة فقالت: والله ما عنده ذلك فقال: مريه فليصم شهرين متتابعين قالت: إنه شيخ كبير ما به من صوم قال: مريه فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر قالت: والله ما يجد ذلك فقال: إنا سنعينه بعرق من تمر وهو مكتل يسع ثلاثين صاعا قالت: وأنا أعينه بمثل ذلك فقال افعلي واستوصي به خيراً». وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأوس بن الصامت: «هل تستطيع أن تعتق رقبة؟ قال: لا، فإني قليل المال، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، والله يا رسول الله إنني إذا لم آكل في اليوم ثلاث مرات كل بصري، وخفت أن تغشو عيني، قال: فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكيناً؟ قال: لا، والله إلا أن تعينني يا رسول الله، قال: إني معينك بخمسة عشر صاعاً وداع لك بالبركة، فأعانه رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك» [3].

---

(1) سورة المجادلة: 1.

(2) سورة المجادلة: 1.

(3) قال الزيلعي في نصب الراية (247/3): قال عليه السلام في حديث أوس بن الصامت، وسهل بن صخر :لكل مسكين نصف صاع؛ قلت: هكذا وقع في «الهداية»، وصوابه: وسلمة بن صخر، والحديث غريب، عند الطبراني في «معجمه» في حديث أوس بن الصامت، قال: فأطعم ستين =

قوله رحمه الله: (**إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لاِمْرَأَتِه أَنْت عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَقَدْ حَرُمْت عَلَيْهِ وَلاَ يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلاَ لَمْسُهَا وَلاَ تَقْبِيلُهَا حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِه**) يعني لا تحل له أبداً، إلا بنكاح، ولا بملك يمين، ولا بعد زوج يتزوجها بعد الطلاق الثلاث، ثم رجعت إليه، حتى يكفر، وكذا إذا كانت زوجته أمة، فظاهر منها، ثم اشتراها لا تحل له حتى يكفر، وكذا لو كانت حرة، فارتدت ولحقت بدار الحرب، ثم سبيت فاشتراها؛ لأن الظهار يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة، وكذا لا يحل له أن ينظر إلى فرجها بشهوة؛ لأنه من دواعي الجماع، وكذا لا ينبغي للمرأة أن تدعه يقربها حتى يكفر؛ لأنها حرام عليه، فلزمها الامتناع من الحرام كما لزم الرجل، وإنما حرم عليه اللمس، والقبلة، والنظر إلى الفرج؛ لأنه من دواعي الجماع، فحرمت عليه دواعيه، حتى لا يقع فيه كما في الإحرام بخلاف الحائض والصائم؛ لأنه يكثر وجودهما. فلو حرمت الدواعي لكان يفضي إلى الحرج. ولا كذلك الإحرام والظهار، وهذا كله في الظهار المطلق، أو المؤبد. أما في المؤقت كما إذا ظاهر مدة معلومة كاليوم، والشهور والسنة، فإنه إن قربها في تلك المدة يلزمه الكفارة، وإن لم يقربها حتى مضت المدة سقطت عنه الكفارة وبطل الظهار.

وقوله: «كظهر أمي»: صريح في الظهار، فيقع به الظهار نوى، أو لم ينو، وإن أراد به الطلاق لم يكن إلا ظهاراً، ولا يصح أن يكون طلاقاً، ولا يصح ظهار الصبي والمجنون؛ لأنه قول، وأقوالهما لا حكم لها كالطلاق.

وإذا ظاهر الرجل من امرأته، ثم ماتت سقطت عنه الكفارة، وإن امتنع المظاهر من

=

مسكيناً ثلاثين صاعاً، قال: لا أملك ذلك، إلا أن تعينني، فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعاً، وأعانه الناس حتى بلغ، انتهى. وروى أبو داود من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة، قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكوه إليه، وهو يجادلني فيه، ويقول: اتقي الله، فإنما هو ابن عمك، فما برحت حتى أنزل القرآن: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا﴾ [سورة المجادلة: 1] الآية، فقال عليه السلام: يعتق رقبة، قالت: لا يجد، قال: فيصوم شهرين متتابعين، قالت: إنه شيخ كبير لا يستطيع أن يصوم، قال: يطعم ستين مسكيناً، قالت: ليس عنده شيء يتصدق به، قال: فإني أعينه بعرق من التمر، قالت: يا رسول الله، وأنا أعينه بعرق آخر، قال: أحسنت، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك، قال: والعرق: ستون صاعاً، انتهى. ثم أخرجه عن ابن إسحاق بهذا الإسناد، ونحوه، إلا أنه قال: والعرق: مكتل يسع ثلاثين صاعاً، ثم أخرجه عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قال: العرق زنبيل، يأخذ خمسة عشر صاعاً، انتهى.

الكفارة، فرفعته امرأته إلى القاضي حبسه، حتى يكفر، أو يطلق.

قوله: (فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ اسْتَغْفَرَ اللَّهَ تَعَالَى وَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُ الْكَفَّارَةِ الأُولَى وَلاَ يَعُودُ حَتَّى يُكَفِّرَ)، ولو ظاهر، ثم ارتد، ثم أسلم، فتزوجها، فالظهار بحاله عند أبي حنيفة، وعندهما لا يكون مظاهراً بعد الردة، كذا في الينابيع.

قوله: (وَالْعَوْدُ الَّذِي يَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ أَنْ يَعْزِمَ عَلَى وَطْئِهَا) يعني إن الكفارة، إنما تجب عليه إذا قصد وطأها بعد الظهار، فإذا رضي أن تكون محرمة عليه، ولم يعزم على وطئها لا يجب عليه الكفارة، ويجبر على التكفير دفعاً للضرر عنها، فإن عزم على وطئها وجبت عليه الكفارة، فإن عزم بعد ذلك أن لا يطأها سقطت، وكذا إذا مات أحدهما بعد العزم، فإن كفر عن ظهاره، وهي مبانة، أو تحت زوج آخر أجزاه، وإن ظاهر من امرأته مراراً في مجلس واحد، أو في مجالس متفرقة، فعليه لكل ظهار كفارة إلا أن يعني في كل مرة الظهار الأول، فإذا أراد التكرار صدق في القضاء إذا قال ذلك في مجلس واحد ولا يصدق فيما إذا قال ذلك في مجالس بخلاف الطلاق، فإنه لا يصدق في الوجهين جميعاً.

قوله: (وَإِذَا قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي أَوْ كَفَخِذِهَا أَوْ كَفَرْجِهَا فَهُوَ مُظَاهِرٌ) وكذا إذا شبهها بعضو من أمه لا يجوز النظر إليه، فهو كتشبيهه بظهرها.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لاَ يَحِلُّ لَهُ مُنَاكَحَتُهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ مِثْلُ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِنْ الرَّضَاعَةِ أَوْ أُخْتِهِ مِنْ الرَّضَاعَةِ)؛ لأنهن حرام على التأبيد.

وقال الشعبي: لا يصح الظهار إلا بالتشبيه بالأم.

وقال مالك: يصح بالتشبيه بالأجنبية. وإذا قال لها: أنت علي كظهر أمك كان مظاهراً سواء كان مدخولاً بها أم لا، وإن قال: كظهر ابنتك إن كانت مدخولاً بها كان مظاهراً وإلا فلا، وكذا إذا شبهها بامرأة أبيه، أو امرأة ابنه كان مظاهراً؛ لأنهما حرام عليه على التأبيد، وإن شبهها بامرأة قد زنى بأمها، أو بامرأة قد زنى بها أبوه كان مظاهراً عند أبي يوسف؛ لأنه لا يحل له نكاحها على التأبيد.

وقال محمد: لا يكون مظاهراً؛ لأن هذا مختلف فيه، حتى لو حكم حاكم بجواز نكاحه لم أبطله، فلم تصر محرمة على التأبيد.

وعند أبي يوسف: لو حكم حاكم بجوازه لم ينفذ حكمه. وإن قبل أجنبية بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهراً عند أبي حنيفة، ولا يشبه هذا الوطء؛ لأن الوطء أبين وأظهر.

وقال أبو يوسف: يكون مظاهراً وإن شبهها بامرأة محرمة عليه في الحال، وهي تحل له في حال آخر مثل أخت امرأته، أو امرأة لها زوج، أو مجوسية لم يكن مظاهراً، وإن شبهها بامرأة فرق بينه وبينها بلعان لا يكون مظاهراً إجماعاً. أما عندهما: فمظاهر، وكذا عند أبي يوسف، وإن كانت عنده حرام على التأبيد؛ لأنه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز، ثم الظهار إنما يكون من جانب النساء، حتى لو قال: أنت علي كظهر أبي، أو ابني لا يكون مظاهراً، وإن قال: كفرج أبي، أو كفرج ابني كان مظاهراً، وإن قال: أنا منك مظاهر، أو قد ظاهرت منك، فهو مظاهر، وإن قال: أنت مني كظهر أبي، أو عندي، أو معي، فهو مظاهر، ولا تكون المرأة مظاهرة من زوجها عند محمد.

وقال أبو يوسف: تكون مظاهرة، والفتوى على قول محمد، وهو الصحيح.

وعند الحسن بن زياد: عليها كفارة يمين إذا وطئها؛ لأن الظهار يقتضي التحريم، فكأنها قالت: أنت حرام، فيجب عليها كفارة يمين إذا وطئها.

ولمحمد: أنها لا تملك التحريم كالطلاق، كذا في الكرخي.

قوله: **(وَكَذَا إِذَا قَالَ رَأْسُك عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي أَوْ فَرْجُك أَوْ وَجْهُك أَوْ بَدَنُك أَوْ رَقَبَتُك أَوْ نِصْفُك أَوْ ثُلُثُك أَوْ عُشْرُك كَانَ مُظَاهِرًا)**؛ لأنه يعبر بهذه الأشياء عن جميع البدن، وإن قال ظهرك علي كظهر أمي، أو كبطنها، أو كفرجها، أو بطنك، أو فخذك، أو يدك، أو رجلك لا يكون مظاهراً، كذا في الينابيع؛ لأن هذا العضو من امرأته لا يعبر عن جميع الشخص، وهو إنما يكون مظاهراً إذا شبه امرأته، أو عضواً منها يعبر به عن جميع الشخص بمن لا تحل على التأبيد.

قوله: **(وَإِنْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي رُجِعَ إِلَى نِيَّتِهِ)** عند أبي حنيفة فإن أراد الإكرام، فليس بشيء، وإن أراد الطلاق، أو الظهار فهو كما نوى، وإن أراد التحريم فهو إيلاء.

وقال أبو يوسف: هو تحريم؛ لأن الظاهر من التشبيه التحريم، وأدناه الإيلاء.

وقال محمد: هو ظاهر، وليس كذلك، إذا قال: أنت علي كفرج أمي؛ لأن التشبيه بالكرامة لا يكون بالفرج، فلم يبق إلا التحريم.

قوله: **(وَإِنْ قَالَ أَرَدْت الظِّهَارَ فَهُوَ ظِهَارٌ)**؛ لأنه تشبيه بجميعها، وفيه تشبيه بالظهر، لكنه ليس بصريح، فيفتقر إلى النية.

قوله: **(وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فَهُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ)**؛ لأنه تشبيه بالأم في التحريم، فكأنه قال: أنت علي حرام، ونوى الطلاق.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ) هذا عندهما.

وقال محمد يكون ظهاراً؛ لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً، فالتشبيه بجميعها أولى لهما أنه يحتمل الحمل على الكرامة، فلم يكن ظهاراً، وإن قال: أنت علي حرام كأمي ونوى ظهاراً، أو طلاقاً، فهو على ما نوى؛ لأنه يحتمل الظهار لمكان التشبيه، ويحتمل الطلاق لمكان التحريم، وإن نوى التحريم لا غير كان ظهاراً أيضاً، وإن لم يكن له نية، فعلى قول أبي يوسف يكون إيلاء، وعلى قول محمد ظهاراً. وإن قال: أنت علي حرام كظهر أمي، فهو ظهار عند أبي حنيفة سواء نوى ظهاراً، أو إيلاء، أو طلاقاً، أو تحريماً مطلقاً، أو لم ينو شيئاً؛ لأنه صريح في الظهار، فلا يحتمل غيره، وعندهما إن نوى طلاقاً، فهو طلاق، وإن قال: أنت أمي، فهو كذب.

قوله: (وَلاَ يَكُونُ الظِّهَارُ إِلاَّ مِنْ زَوْجَتِهِ) لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ (1)، والمراد به: الزوجات، لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ (2) سواء كانت الزوجة حرة، أو أمة، أو مدبرة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو كتابية، وكفارته كفارة الحرة المسلمة.

قوله: (وَإِنْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا) وكذا من مدبرته، وأم ولده لا يكون مظاهراً، وإن ظاهر العبد، أو المدبر، أو المكاتب صح ظهاره، وكفارته كفارة الحر، إلا إن التكفير بالعتق والإطعام لا يجوز منه ما لم يعتق، ولو كفر بهما بإذن مولاه، أو المولى كفر بهما عنه لا يجوز، ويجوز له التكفير بالصيام، وليس للمولى أن يمنعه من ذلك؛ لأنه تعلق به حق المرأة بخلاف النذر وكفارة اليمين، فإن له أن يمنعه من ذلك؛ لأنه لم يتعلق به حق آدمي.

قوله: (وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي كَانَ مُظَاهِرًا مِنْ جَمِيعِهِنَّ وَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ) سواء كان في مجلس، أو مجالس، وليس كذلك إذا آلى من نسائه، فجامعهن، فإنه لا تجب إلا كفارة واحدة؛ لأنه أقسم بالله وهو واحد لا شريك له. وأما هنا: فالكفارة إنما تجب لرفع التحريم، والتحريم في كل واحدة منهن غير التحريم في الأخرى. ولو ماتت واحدة منهن لم يسقط التحريم عن الباقيات بخلاف الإيلاء، وكذا إذا ظاهر من امرأة واحدة مراراً في مجلس، أو مجالس، فإنه يجب لكل ظهار كفارة إلا أن

(1) سورة المجادلة: 3.

(2) سورة البقرة: 226.

ينوي الظهار الأول، فيكون عليه كفارة واحدة فيما بينه وبين الله؛ لأن الظهار الأول إيقاع، والثاني إخبار، فإذا نوى الإخبار حمل عليه.

قال في الينابيع: إذا قال: أردت التكرار صدق في القضاء إذا قال ذلك: في مجلس واحد ولا يصدق فيما إذا قال ذلك: في مجالس مختلفة بخلاف الطلاق، فإنه لا يصدق في الوجهين.

ولو طلق امرأته طلاقاً رجعيّاً، ثم ظاهر منها في عدتها صح ظهاره؛ لأنها زوجة، وإن كان الطلاق بائناً لم يصح ظهاره؛ لأن الظهار لا يكون إلا من زوجة، وهذه ليست بزوجة بدليل أنها لا تعود إليه إلا بعقد جديد؛ ولأنها محرمة بالطلاق، وتحريم الطلاق آكد من تحريم الظهار؛ لأنه يزيل الملك، ولا يرتفع بالكفارة، والظهار لا يزيل الملك، ويرتفع بالكفارة .

{مطلب في كفارة الظهار}

قوله: (وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ) يعني كاملة الرق في ملكه مقروناً بنية الكفارة، وجنس ما يبتغى من المنافع قائم بلا بدل.

فقولنا: «كاملة الرق» حتى إذا أعتق نصف الرقبة، ثم أعتق نصفها الآخر قبل أن يجامعها يجوز عن كفارته، وبعد ما جامعها لا يجوز عن كفارته عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز؛ لأن عتق النصف بمنزلة عتق الكل عندهما؛ إذ هو لا يتجزأ عندهما، ولو كان عبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه عن كفارته، لا يجوز عند أبي حنيفة سواء كان موسراً، أو معسراً؛ لأن العبد لا ينفك عن السعاية في الأحوال كلها عند أبي حنيفة، فكان عتقاً بالبدل، وعندهما: إذا كان المعتق موسراً جاز، وإن كان معسراً لم يجز؛ لأن يسار المعتق يمنع سعاية العبد عندهما، وإن أعتق نصف رقبة، وصام شهراً، أو أطعم ثلاثين مسكيناً لا يجوز عن كفارته، فهذا معنى قولنا: «رقبة كاملة الرق في ملكه».

وقولنا: «مقروناً بالنية»: فإنه إذا أعتق عبده ولم ينوه عن كفارته لا يجوز عن كفارته، وكذا إذا نوى عن كفارته بعد الإعتاق لا يجوز أيضاً، ولو دخل ذو رحم محرم منه في ملكه بلا صنع منه كما إذا دخل بالميراث، فإنه لا يجوز عن كفارته بالإجماع، وإن دخل في ملكه بصنعه إن نوى عن كفارته وقت وجود الصنع جاز عن كفارته عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز.

وقولنا: «وجنس ما يبتغي من المنافع قائم»: فإنه إذا أعتق عبداً مقطوع اليدين، أو الرجلين، أو يابس الشق، أو مقعداً، أو أشل اليدين، أو زمناً، أو مقطوع يد واحدة ورجل

واحدة من جانب، أو مقطوع إبهامي اليدين، أو مقطوع ثلاث أصابع من كل يد سوى الإبهامين، أو أعمى، أو معتوهاً، أو أخرس لا يجوز عن كفارته، فإن كان مقطوع يد واحدة، أو رجل واحدة، أو مقطوع يد ورجل من خلاف، أو أشل يد واحدة، أو مقطوع إصبعين من كل يد سوى الإبهامين، أو أعور، أو أعشى، أو مقطوع الأذنين، أو مقطوع الأنف، أو عنيناً، أو خصياً، أو مجبوباً، أو خنثى، أو أمة رتقاء، أو قرناء يجوز عن كفارته، وإن كان أصم يجوز في ظاهر الرواية.

وقيل: إذا كان بحال لو صيح في أذنه لم يسمع، فإنه لا يجوز.

وقولنا: «بغير بدل»: فإنه إذا أعتق عبده على بدل ونواه عن كفارته لا يجوز، وإن أبرأه بعد ذلك عن البدل، فإنه لا يجوز أيضاً، وكذا المريض إذا أعتق عبده عن كفارته، وهو لا يخرج من ثلث ماله، فمات من ذلك المرض لا يجوز عن كفارته، وإن أجازه الورثة، فإن برئ من مرضه جاز.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ من قبل أن يتماسا.

وحد عدم الوجود: أن لا يكون في ملكه ذلك، حتى لو كان له عبد للخدمة لا يجوز له الصوم، إلا أن يكون زمناً، فيجوز ثم إذا كفر بالصيام، وأفطر يوماً لعذر مرض، أو سفر، فإنه يستأنف الصوم، وكذا لو جاء يوم الفطر، أو يوم النحر، أو أيام التشريق، فإنه يستأنف، فإن صام هذه الأيام ولم يفطر، فإنه يستأنف أيضاً؛ لأن الصوم فيها عما وجب في ذمته لا يجوز، وإن كانت امرأة، فصامت عن كفارة الإفطار، أو عن كفارة القتل فحاضت، أو نفست في خلال ذلك، فإنها لا تستأنف، ولكن تصلي القضاء بعد الحيض والنفاس؛ لأنها لا تجد صوم شهرين لا حيض فيهما، فإن أفطرت يوما بعد الحيض والنفاس، فإنها تستأنف وإن كانت تصوم عن كفارة يمين فحاضت، أو نفست في خلال ذلك، فإنها تستأنف؛ لأنها تجد صوم ثلاثة أيام لا حيض فيها، وإن صام شهرين متتابعين، ثم قدر على الإعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب العتق، ويكون صومه تطوعاً؛ لأنه قدر على المبدل قبل فراغه من البدل كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة، والأفضل له أن يتم صوم هذا اليوم، فإن لم يتمه، وأفطر لا يجب عليه قضاؤه عندنا.

وقال زفر: يجب قضاؤه.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ ولا يكون، إلا على هذا الترتيب.

قوله: ﴿كُلُّ ذَلِكَ قَبْلَ الْمَسِيسِ﴾ هذا في الإعتاق والصوم ظاهر للنص؛ لأن الله

تعالى قال فيهما: ﴿ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾[1] وكذا في الإطعام أيضاً عندنا.

وقال مالك: من كانت كفارته الإطعام جاز أن يطأ قبله.

قوله: (وَيُجْزِي فِي الْعِتْقِ الرَّقَبَةُ الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ)؛ لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء.

والشافعي: يخالفنا في الكافرة، ويقول: الكفارة حق الله تعالى، فلا يجوز صرفها إلى عدوه كالزكاة.

قلنا: المنصوص عليه عتق رقبة مطلقاً من غير شرط الإيمان، والقياس على الزكاة قياس المنصوص على المنصوص، وهو لا يجوز؛ لأن من شرط صحة القياس عدم النص في المقيس، ولا يجوز عتق الجنين؛ لأنه لا يعرف حياته، ولا سلامته.

قوله: (وَلاَ تَجُوزُ الْعَمْيَاءُ وَلاَ مَقْطُوعَةُ الْيَدَيْنِ أَوْ الرِّجْلَيْنِ) وقد بينا ذلك.

قوله: (وَيَجُوزُ الأَصَمُّ) هذا استحسان. والقياس أن لا يجوز، وهذا إذا كان بحيث إذا صيح عليه يسمع. أما إذا كان لا يسمع أصلاً، وهو الأخرص بالصاد لا يجزئه ويجوز مقطوع الأذنين؛ لأنهما إنما يرادان للزينة والمنفعة قائمة بعد ذهابهما، وكذا يجوز مقطوع الأنف؛ لأنه يراد للجمال ومنفعة الشم باقية، ويجوز مقطوع الذكر؛ لأن فقده أصلاً من غير قطع لا يمنع الجواز بأن كانت أنثى.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامَيْ الْيَدَيْنِ) احترز بذلك عن إبهامي الرجلين، فإن ذلك لا يمنع الجواز، وإنما لا يجوز مقطوع إبهامي اليدين؛ لأن قوة البطش والتناول تفوت بفقدهما، فصار فواتهما كفوات جميع الأصابع، وكذا لا يجوز مقطوع ثلاث أصابع من كل يد لفوات الأكثر من الأصابع، ولا يجوز الذاهب الأسنان، ولا مقطوع الشفتين إذا كان لا يقدر على الأكل، فإن كان يقدر عليه جاز، ولا يجوز الأخرس والخرسى؛ لأن منفعة الكلام انعدمت، ويجوز ذاهب الشعر واللحية والحاجبين؛ لأن ذلك، إنما هو للزينة.

قوله: (وَلاَ الْمَجْنُونُ الَّذِي لاَ يَعْقِلُ)؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل، فكان فائت المنافع. وأما إذا كان يجن ويفيق، فإنه يجزي، وإن أعتق طفلاً رضيعاً أجزاه وإن أعتق مريضاً يرجى له الحياة ويخاف عليه الموت أجزاه، فإن كان في حد الموت لم يجزه.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ عِتْقُ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ)؛ لأن رقهما ناقص، حتى لا

---

(1) سورة المجادلة: 3.

يجوز بيعهما.

قوله: (وَلاَ الْمُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ الْمَالِ)؛ لأن عتقه ببدل.

قوله: (فَإِنْ أَعْتَقَ مُكَاتَبًا لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا جَازَ)؛ لأن الرق قائم فيه من كل جانب؛ لأنه يقبل الانفساخ ولم يحصل عنه عوض ويسلم للمكاتب الأولاد والأكساب، ويجوز عتق الآبق عن الكفارة، كذا في شاهان.

قوله: (فَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ يَنْوِي بِالشِّرَاءِ الْكَفَّارَةَ جَازَ عِنْدَنَا) بخلاف ما لو ورثه؛ لأنه لا صنع له فيه.

قوله: (وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ عَنْ الْكَفَّارَةِ وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيهِ وَأَعْتَقَهُ لَمْ يُجْزِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا كان موسراً، ولا يجوز إذا كان معسراً.

قوله: (وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ عَنْهَا جَازَ)؛ لأنه أعتقه بكلامين، والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، وذلك لا يمنع الجواز بخلاف ما تقدم؛ لأن النقصان هناك تمكن على ملك الشريك.

قوله: (وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ لَمْ يُجْزِ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص، قال الله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾[1]، وإعتاق النصف حصل بعد المسيس، وعندهما: يجوز؛ لأن إعتاق النصف عندهما إعتاق الكل، فحصل إعتاق الكل قبل المسيس، وإذا لم يجز عند أبي حنيفة استأنف عتق رقبة أخرى.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَجِدْ الْمُظَاهِرُ مَا يَعْتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ وَلاَ يَوْمُ الْفِطْرِ وَلاَ يَوْمُ النَّحْرِ وَلاَ أَيَّامُ التَّشْرِيقِ)؛ لأن التتابع منصوص عليه، وصوم هذه الأيام منهي عنه، فلا ينوب عن الواجب.

قوله: (فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلاَلِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلاً عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ عِنْدَهُمَا) وقال أبو يوسف: على صيامه، ولا يستأنف.

لنا: أن الله تعالى أمره بصيام شهرين متتابعين لا مسيس فيهما، فإذا جامع فيهما لم يأت بالمأمور به؛ ولأن الوطء هنا لم يختص بالصوم، فأشبه الوطء في الاعتكاف، ولا يشبه هذا إذا وطئ في كفارة القتل نهاراً ناسياً، أو ليلاً عامداً حيث لا يستأنف؛ لأن المنع

(1) سورة المجادلة: 3.

من الوطء فيها لمعنى يختص بالصوم؛ ولأبي يوسف إن كل وطء لا يؤثر في فساد الصوم لا يبطل التتابع دليله الوطء ناسياً بالنهار وعامداً بالليل في كفارة القتل.

وقوله: «نهاراً ناسياً»: قيد به؛ لأنه لو كان عامداً استأنف إجماعاً لعدم التتابع، وقيد بجماع التي ظاهر منها؛ لأنه لو جامع غيرها بالنهار ناسياً، أو بالليل عامداً، أو ناسيا لم يستأنف إجماعاً.

قوله: (وَإِنْ أَفْطَرَ فِي يَوْمٍ مِنْهَا لِعُذْرٍ أَوْ لِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَأْنَفَ) لفوات التتابع، وهو قادر عليه، فإن كانت امرأة فحاضت، أو نفست في خلال ذلك لم تستأنف، وقد بينا ذلك.

قوله: (وَإِذَا ظَاهَرَ الْعَبْدُ لَمْ يُجْزِهِ فِي الْكَفَّارَةِ إِلاَّ الصَّوْمُ)؛ لأنه لا ملك له، وهو من أهل الصوم، فلزمه، وليس للمولى أن يمنعه عنه.

قوله: (وَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى عَنْهُ أَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ لَمْ يُجْزِهِ) وظهار الذمي عندنا لا يصح؛ لأنه لا يصح منه الصوم.

قوله: (وَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعْ الْمُظَاهِرُ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا) المعتبر العجز الحالي في الكفارات في جواز الانتقال بخلاف الشيخ الفاني، حيث يعتبر العجز فيه إلى الموت، والمعتبر في اليسار والإعسار في ذلك وقت التكفير، لا وقت الظهار حتى لو ظاهر، وهو غني وكان وقت التكفير معسراً أجزأه الصوم، وإن كان وقت الظهار وهو فقير، ثم أيسر لم يجزه الصوم.

وقوله: «ستين مسكيناً»: سواء كانوا مسلمين، أو ذميين عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يجوز فقراء أهل الذمة.

قوله: (نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ) ودقيق البر وسويقه مثله في اعتبار نصف الصاع.

قوله: (أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ) ودقيق الشعير وسويقه مثله، والصاع أربعة أمناء، فإن أعطاه منّاً من بر ومنوين من تمر، أو شعير أجزأه لحصول المقصود.

قوله: (أَوْ قِيمَةُ ذَلِكَ)؛ لأن القيمة عندنا تجزي في الزكاة، فكذا في الكفارات؛ ولأن المقصود سد الخلة ودفع الحاجة، وذلك يوجد في القيمة.

قوله: (فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جَازَ قَلِيلاً أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا) يعني بعد أن وضع لهم ما يشبعهم، والمعتبر هو الشبع لا مقدار الطعام، فلا بد من أكلتين مشبعتين غداء وعشاء، أو سحوراً وعشاء، أو غداءين، أو عشاءين، أو سحورين، ولا يجزي في غير البر إلا بالإدام.

قال في الهداية: لا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع، وفي

خبز الحنطة لا يشترط الإدام، فإن كان فيهم صبي فطيم لا يجزي؛ لأنه لا يستوفي الأكل كاملاً، والمعتبر أن يكون كل واحد منهم يستوفي الأكل.

قوله: (وَإِنْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَوْمًا أَكْلَتَيْنِ مُشْبِعَتَيْنِ أَجْزَأَهُ) وكذا إذا أعطاه ستين يوماً كل يوم نصف صاع من بر، أو صاعاً من تمر، أو شعير.

قوله: (وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ طَعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا لَمْ يُجْزِهِ إِلاَّ عَنْ يَوْمِهِ ذَلِكَ)، ولو أطعم مائة وعشرين مسكيناً دفعة واحدة، فعليه أن يطعم إحدى الفرقتين أكلة مشبعة أخرى، وكذا إذا غدى ستين وعشى ستين غيرهم، فعليه أن يطعم إحدى الفرقتين أكلة مشبعة أخرى.

قوله: (فَإِنْ قَرِبَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلاَلِ الإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ) كما إذا أطعم ثلاثين مسكيناً، ثم جامع امرأته، فأن يطعم ثلاثين مسكيناً والجماع لا ينقض الإطعام؛ لأن الله تعالى لم يذكر فيه من قبل أن يتماسا إلا أنه يمنع من المسيس قبله؛ لأنه ربما يقدر على الإعتاق، أو الصوم فيقعان بعد المسيس، ولو أعطى ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً من الحنطة عن ظهارين لا يجزيه إلا عن أحدهما في قولهما.

وقال محمد: يجزيه عنهما، فإن كانت الكفارتان من جنسين مختلفين، فإنه يجزيه إجماعا كما إذا أطعم عن إفطار وظهار.

قوله: (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظِهَارٍ فَأَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ لاَ يَنْوِي إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا جَازَ عَنْهُمَا وَكَذَلِكَ إِنْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا جَازَ وَإِنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً وَاحِدَةً وَصَامَ شَهْرَيْنِ جَازَ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ) وقال زفر: لا يجزيه عن إحداهما في جميع ذلك، والله تعالى أعلم.

كتاب اللعان[1]

لقبه باللعان دون الغضب، وإن كان فيه الغضب أيضاً؛ لأن اللعن من جانب الرجل، وهو مقدم وسابق. والسبق من أسباب الترجيح، ثم اللعان شهادات عند أبي يوسف وعند محمد أيمان فيها معنى الحد.

وفائدته: إذا عزل الحاكم بعد اللعان قبل الحكم، وانتقلوا إلى غيره، فعند أبي يوسف: يستأنف اللعان؛ لأنه شهادة فيها معنى اليمين، وعند محمد: يبنى.

قوله رحمه الله تعالى: (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا أَوْ نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا فَطَالَبَتْهُ بِمُوجِبِ الْقَذْفِ فَعَلَيْهِ اللِّعَانُ) وذلك بأن يقول لها: يا زانية، أو أنت زنيت، أو رأيتك تزني، أو هذا الولد من الزنا، أو ليس هو مني يوجب اللعان، وإن قال: جومعت جماعاً حراماً، أو وطئت وطئاً حراماً، فلا حد ولا لعان، وإنما شرط أن يكونا من أهل الشهادة؛ لأن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى: ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾[2]، فسماهم شهداء واستثناهم من جملة الشهداء، والاستثناء إنما يكون من الجنس، وقال تعالى: ﴿ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾[3]، نص على الشهادة واليمين.

فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن في جانبه باللعن. لو كان كاذباً، وهو قائم مقام حد القذف، وفي جانبها بالغضب، وهو قائم مقام حد الزنا. فإذا ثبت هذا، قلنا: لا بد أن يكونا من أهل الشهادة؛ لأن الركن فيه الشهادة، ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها؛ لأنه قائم في حقه مقام حد القذف، ولا بد من إحصانها ويجب أيضاً بنفي الولد؛ لأنه لما نفاه صار قاذفاً لها، ومتى سقط اللعان في الشهادة إن كان من جانب الزوج، فعليه الحد وإن كان من جانبها، فلا حد ولا لعان.

وقوله: «فطالبته»: إنما شرط طلبها؛ لأنه حقها، فلو لم تطالبه، وسكتت لا يبطل

---

(1) حقيقة اللعان: أن يحلف الرجل إذا رمى امرأته بالزنى أربع مرات إنه لمن الصادقين، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات إنه من الكاذبين، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين.

انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص 346).

(2) سورة النور: 6.

(3) سورة النور: 6.

حقها، ولو طالت المدة؛ لأن طول المدة لا يبطل حد القذف، ولا القصاص، ولا حقوق العباد، ولا لعان بين الحر والأمة، ولا بين العبد والحرة؛ لأن العبد والأمة ليسا من أهل الشهادة، ولا بين المسلم والكافرة؛ لأن الأمة والكافرة لا يحد قاذفهما.

ومن شرائط اللعان: أن يكونا حرين بالغين عاقلين مسلمين غير محدودين في قذف. وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً سواء دخل بها، أو لم يدخل بها، فإن تزوجها نكاحاً فاسداً، ثم قذفها لم يتلاعنا؛ لأنه قذف لم يصادف الزوجية كقذف الأجنبي؛ ولأن الموطوءة بنكاح فاسد لا يحد قاذفها، فلا يجب عليه اللعان كقاذف الصغيرة.

قال الخجندي: إذا كانت المرأة صغيرة، أو مجنونة، أو كتابية، أو أمة، أو مدبرة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو محدودة في قذف، أو كانت قد وطئت وطئاً حراماً في جميع عمرها مرة، أو خرساء، فلا حد ولا لعان؛ لأن اللعان سقط لمعنى من جهتها، وكذا إذا كانا صبيين، أو مجنونين، أو أخرسين، أو مملوكين، أو كافرين، فإن كانا أعميين، أو فاسقين يجب اللعان؛ لأنهما من أهل الشهادة في بعض الأحكام، ولهذا ينعقد النكاح بشهادتهما؛ ولأن الأعمى من أهل الشهادة فيما طريقه الاستفاضة كالموت، والنكاح والنسب، ولو كانا محدودين في قذف يجب على الزوج الحد؛ لأن اللعان سقط من جهته؛ إذ البداءة له، وإن كانت المرأة حرة عفيفة، وكان الزوج عبداً، أو محدوداً في قذف فعليه الحد؛ لأن قذفها صحيح، وقد سقط اللعان لمعنى من جهته، وهو أن لا يصح منه اللعان، ومتى كان الزوج ممن لا يصح قذفه كالصبي والمجنون والزوجة ممن يحد قاذفها، فلا لعان؛ لأن قذفه لم يصح. وإن كان الزوج حرّاً مسلماً عاقلاً غير محدود في قذف، وهي أمة، أو كافرة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو زانية، فلا حد، ولا لعان؛ لأن قذفها ليس بقذف صحيح، وإن كانت حرة مسلمة عفيفة، إلا أنها محدودة في قذف، فلا حد ولا لعان؛ لأن القذف صحيح، وإنما سقط اللعان لمعنى من جهتها وهو إنها ليست من أهل الشهادة، فلا يجب اللعان ولا الحد، وإن كان كلاهما محدودين في قذف، فقذفها فعليه الحد؛ لأن اللعان سقط لمعنى في الزوج؛ لأن البداءة به.

وقوله: «والمرأة ممن يحد قاذفها»: يحترز مما إذا كانت من أهل الشهادة، إلا إنها لا يحد قاذفها بأن كان لها ولد لا يعرف له أب، فهذه لا يجب بقذفها لعان.

قوله: (فَإِنْ امْتَنَعَ حَبَسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يُلاَعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَيُحَدَّ)؛ لأن اللعان حق مستحق عليه، وهو قادر على إيفائه، فيحبس حتى يأتي به، أو يكذب نفسه ليرتفع الشين، فإن أكذب نفسه حد حد القذف.

قوله: (فَإِنْ لاَعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللِّعَانُ فَإِنْ امْتَنَعَتْ حَبَسَهَا الْحَاكِمُ حَتَّى تُلاَعِنَ أَوْ

تُصَدِّقَهُ فَتَحِلَّ) يعني حد الزنا قالوا: هذا غلط من النساخ؛ لأن تصديقها إياه لا يكون أبلغ من إقرارها بالزنا، وثم لا تحد بمرة واحدة، فههنا أولى وإن صدقته عند الحاكم أربع مرات لا تحد أيضاً؛ لأنها لم تصرح بالزنا، والحد لا يجب إلا بالتصريح، وإنما بدأ في اللعان بالزوج؛ لأنه هو المدعي.

قوله: (وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَقَذَفَ امْرَأَتَهُ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ)؛ لأنه تعذر اللعان بمعنى من جهته، فيصار إلى الواجب الأصلي، وهو الثابت بقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [1] الآية، واللعان خلف عنه.

وصورة كون الزوج كافراً: بأن كان الزوجان كافرين، فأسلمت المرأة، فقذفها بالزنا قبل عرض الإسلام عليه، أو نفى نسب ولدها، فإنه يجب عليه الحد، فإن أقيم عليه بعض الحد، ثم أسلم، فقذفها ثانياً.

قال أبو يوسف: أقيم عليه بقية الحد، ثم تلاعنا.

وقال زفر: لا لعان بينهما، وهذا بناء على أن شهادة القاذف، إنما تبطل بعد كمال الحد.

وعند زفر: تبطل بأول سوط.

وقيد بقوله: «أو محدوداً في قذف»؛ إذ لو كان محدوداً في زنا، أو شرب خمر، فإنه يلاعن.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَهِيَ أَمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ، أَوْ مَحْدُودَةٌ فِي قَذْفٍ، أَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لاَ يُحَدُّ قَاذِفُهَا بِأَنْ كَانَتْ صَبِيَّةً، أَوْ مَجْنُونَةً، أَوْ زَانِيَةً فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ فِي قَذْفِهَا وَلاَ لِعَانَ)؛ لأن القذف قد صح من جهته، وإنما سقط موجبه لمعنى من جهتها؛ لأنها ليست من أهل الشهادة ولا محصنة، فصار كما لو صدقته، وكذا إذا كانت مدبرة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو خرساء.

قوله: (وَصِفَةُ اللِّعَانِ أَنْ يَبْتَدِئَ الْقَاضِي بِالزَّوْجِ فَيَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ فَيَقُولَ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا) إلى أن قال: ويشير إليها، إنما شرط الإشارة لزوال الاحتمال؛ لأنه قد يقصد غيرها بذلك.

قوله: (ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ) يعني، وهي قائمة وكذا الرجل يلاعن

---

(1) سورة النور: 4.

وهو قائم.

وفي الكرخي: القيام ليس بشرط، وإنما هو أشهر وأبلغ.

قوله: (تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمِنْ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنْ الزِّنَا وَتَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ ﴿ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ ﴾ [1]) إنما ذكر الغضب في جانبها؛ لأن النساء يستعملن اللعن كثيراً، فيكون ذكر الغضب أدعى لهن إلى الصدق، ثم اللعن يتوقف على لفظ الشهادة عندنا، حتى لو قال: أحلف بالله أني لمن الصادقين، أو قالت هي ذلك لم يصح اللعان.

قوله: (فَإِذَا الْتَعَنَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا) ولا تقع الفرقة، حتى يقضي بالفرقة على الزوج، فيفارقها بالطلاق، فإن امتنع من ذلك فرق القاضي بينهما وقبل أن يفرق الحاكم لا تقع الفرقة، والزوجية قائمة يقع طلاق الزوج عليها وظهاره وإيلاؤه، ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما.

وقال زفر: إذا فرغا من اللعان وقعت الفرقة من غير تفريق القاضي، ولو أنهما امتنعا من اللعان بعد ثبوته، أو امتنع أحدهما أجبرهما الحاكم عليه، ولو أنها جنت بعد ما التعن الزوج قبل أن تلتعن هي سقط اللعان ولا حد، ولو أنهما لما فرغا من اللعان سألا القاضي أن لا يفرق بينهما لم يجبهما إلى ذلك ويفرق بينهما، ولو أن القاضي بدأ بلعان المرأة، ثم بعد ذلك بالزوج، فإنه ينبغي له أن يأمر المرأة أن تلتعن ثانيا فإن لم يأمرها وفرق بينهما تقع الفرقة، ولو أنهما التعنا فلم يفرق بينهما حتى مات، أو عزل ونصب غيره، فإن الحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا يستقبل، ولو قذفها الزوج، فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثاً، أو تطليقة بائنة، فلا حد ولا لعان؛ لأن اللعان تعذر من طريق الحكم؛ لأن اللعان موضوع لقطع الفراش، وقد انقطع بالطلاق، فلا معنى للعان، وإن كان الطلاق رجعيّاً تلاعنا؛ لأن الزوجية باقية، وإن تزوجها بعد الطلاق، فأخذته بذلك القذف، فلا حد ولا لعان؛ لأن كل واحد من النكاحين ينفرد بحقوقه عن الآخر. واللعان من أحكام النكاح الأول، فلم يجز أن يتلاعنا في نكاح بقذف في نكاح آخر.

قال الخجندي: إذا قذفها ثم أبانها، فلا حد ولا لعان. أما سقوط الحد؛ فلأن القذف أوجب اللعان. وأما اللعان فلأن الزوجية قد زالت وإن قذفها، ثم طلقها طلاقاً رجعيّاً

---

(1) سورة النور: 9.

تلاعنا لقيام الزوجية وإن طلقها طلاقاً بائناً، ثم قذفها بالزنا، فعليه الحد؛ لأنها أجنبية، وإن قال لامرأته: يا زانية أنت طالق ثلاثاً، فلا حد عليه ولا لعان؛ لأن اللعان سقط بزوال الملك؛ لأن من شرط اللعان الزوجية، وقد زالت بالطلاق، وإذا سقط اللعان من طريق الحكم لم ينتقل إلى الحد، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية وجب عليه الحد؛ لأنه قذفها بعد الإبانة.

قوله: (وَكَانَتْ الْفُرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ)؛ لأنها بتفريق القاضي كما في العنين، ولها النفقة والسكنى في عدتها ويثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كان معتدة، وإن لم تكن معتدة، فإلى ستة أشهر.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا) لقوله عليه السلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[1]، وهما يقولان معنى الحديث ما داما متلاعنين. فأما إذا كذب نفسه لم يبق التلاعن بعد الإكذاب.

قوله: (فَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى الْقَاضِي نَسَبَهُ وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ) ويشترط في نفي الولد: أن تكون المرأة من أهل الشهادة من حين العلوق إلى حين الوضع، حتى لو كانت كتابية، أو أمة حين العلوق، ثم أسلمت وأعتقت لا يصح نفي الولد؛ لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتاً لا يلحقه الفسخ، فلا يتغير بعد ذلك بتغير حالها؛ لأن ولد الزوجة لا ينتفي إلا باللعان، ولو نفى ولد الحرة فصدقته، فلا حد على الزوج، ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه؛ لأن النسب حق للولد والأم لا تملك إسقاط حقوق ولدها، ولا يجوز أن يلاعنها مع تصديقها له في القذف، ألا ترى أنه يستحيل أن تشهد بالله إنه لمن الكاذبين. وقد قالت: إنه صادق.

وصورة اللعان بنفي الولد: أن يأمر الحاكم الزوج، فيقول أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد، فكذا في جانب المرأة، ولو قذفها بالزنا، ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين، ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه، فيقول: قد

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (2/76-77): «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»، الدارقطني من حديث ابن عمر مرفوعاً بلفظ: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً»، وإسناده لا بأس به. وعن علي وعبد الله بن مسعود قالا: مضت السنة أن لا يجتمع المتلاعنان أبداً. وأخرجه عبد الرزاق عنهما موقوفاً، وعن عمر أيضاً. وفي حديث سهل بن سعد عند أبي داود، فطلقها عويمر ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم. وفي رواية قال له سهل: حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت سنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً.

ألزمت الولد أمه، وأخرجته من نسب الأب، ثم إنه بعد ما قطع نسبه من الأب جميع أحكام نسبه باقية من الأب سوى الميراث والنفقة، حتى إن شهادة أحدهما للآخر لا تقبل ودفع زكاة أحدهما إلى الآخر لا تجوز وإن كانت ابنة، فتزويجه لها لا يجوز، ولا يجوز تزويج الولد لبنت الزوج، ولا يجوز لأحد غير الملاعن أن يدعي الولد المنفي، وإن صدقه الولد.

قوله: (فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ فَأَكْذَبَ نَفْسَهُ) بأن قال: كنت كاذباً فيما رميتها من الزنا (حُدَّ حَدَّ الْقَذْفِ وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا)، وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا تحل له؛ لأنها قد حرمت حرمة مؤبدة.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحُدَّ)؛ لأنه خرج بذلك من أن يكون من أهل الشهادة.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا زَنَتْ فَحُدَّتْ)؛ لأنها تخرج بذلك من أهل الشهادة، وتصير ممن لا يحد قاذفها.

وصورته: أن تكون بكراً وقت اللعان، أو تكون محصنة، ثم ترتد ثم تلحق بدار الحرب، ثم تسبى وتسلم وتزني، فحدها في الوجهين الجلد، فيكون قول الشيخ، أو زنت فحدت أي زنت قبل الدخول بها. أما بعده، فلا يتصور الجلد إلا أن ترتد، وتلحق وتسبى، ثم تسلم وتزني ورواية الفقيه ابن دعاس زنت بالتشديد أي قذفت.

قوله: (وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ، وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ فَلاَ حَدَّ وَلاَ لِعَانَ بَيْنَهُمَا)؛ لأنهما لا يحد قاذفهما لو كان أجنبياً؛ ولأن الصغيرة يستحيل منها الزنا، وكذلك المجنونة؛ لأن أفعالها ليست بصحيحة، وإن قال لامرأته:زنيت وأنت صغيرة، أو مجنونة، فلا حد ولا لعان؛ لأنه أضاف اللعان إلى حالة لا يصح منها فيها فعل ذلك، وإن قال: زنيت وأنت أمة، أو كافرة كان عليه اللعان؛ لأنه صار قاذفاً لها في الحال بزنا يتصور منها، وإن قال لها: زنيت قبل أن أتزوجك كان عليه اللعان؛ لأنه يصير قاذفاً لها في الحال بزنا يتصور منها يدل عليه أن من قال لرجل: زنيت من منذ خمسين سنة كان قاذفاً له ووجب عليه الحد، وإن كان سن القائل عشرين سنة؛ لأنه يصير قال له في الحال كذلك هذا.

قوله: (وَقَذْفُ الأَخْرَسِ لاَ يَتَعَلَّقُ بِهِ لِعَانٌ)؛ لأنه لا يأتي بصريح لفظ الزنا، وإنما يستدل عليه بالإشارة، فهي كالكتابة.

قوله: (وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ لَيْسَ حَمْلُك مِنِّي فَلاَ لِعَانَ) هذا قول أبي حنيفة وزفر؛ لأنه لم يتيقن بقيام الحمل، فلم يصر قاذفاً (وَعِنْدَهُمَا إِنْ جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ

فَهُوَ قَاذِفٌ وَيُلاَعِنُ)؛ لأنا تيقنا وجوده عند القذف.

قلنا: إذا لم يكن قاذفاً في الحال صار كالمعلق بالشرط، فكأنه قال: إن كان بك حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط، وإن جاءت به لستة أشهر، فلا لعان؛ لأنه لا يتيقن وجوده عند القذف، فلا يلاعن بالشك.

قوله: (وَإِنْ قَالَ زَنَيْت، وَهَذَا الْحَمْلُ مِنْ الزِّنَا تَلاَعَنَا وَلَمْ يَنْفِ الْقَاضِي الْحَمْلَ)؛ لأنه قذفها بصريح الزنا، فوجب عليه اللعان. وأما الولد، فلا ينتفي نسبه؛ لأن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله، ألا ترى أنه لا يحكم باستحقاقه للميراث والوصية؛ لأنه مجهول يجوز أن يكون، ويجوز أن لا يكون، فلا يصح نفيه. وأما ما روي أنه عليه السلام: «لاعن بين هلال وبين امرأته، وهي حامل وألحق الحمل بأمه»[1]، فهو محمول على أنه عرف قيام الحمل وحياً، ونحن لا نعلم ذلك.

قوله: (وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَته عَقِيبَ الْوِلاَدَة فِي الْحَالِ الَّتِي يَقْبَلُ فِيهَا التَّهْنِئَةَ وَيَبْتَاعُ لَهُ آلَةَ الْوِلاَدَةِ صَحَّ نَفْيُهُ وَلاَعَنَ بِهِ وَإِنْ نَفَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لاَعَنَ وَثَبَتَ النَّسَبُ) اعلم أن المولود في فراش الزوجة، لا ينتفي إلا باللعان، والفراش ثلاثة:

1 - قوي.

2- ووسط.

3- وضعيف.

فالقوي: فراش المنكوحة يثبت النسب فيه من غير دعوة، ولا ينتفي إلا باللعان.

والضعيف: فراش الأمة لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة.

والوسط: فراش أم الولد يثبت فيه النسب من غير دعوة، وينتفي من غير لعان، وإذا نفى ولد الزوجة بأن قال: ليس هو مني، أو هو من الزنا، وسقط اللعان بوجه من الوجوه، فإنه لا ينتفي نسبه أبداً، وكذا إذا كانا من أهل اللعان ولم يتلاعنا، فإنه لا ينتفي نسبه، فإذا ثبت هذا.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (2/76-77): «إنه صلى الله عليه وسلم نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها»، أبو داود وأحمد من حديث ابن عباس قال: «جاء هلال بن أمية، وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم عشاء، فوجد عند أهله رجلاً» الحديث، ففرق بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا ترمى ولا يرمى ولدها، وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت، من أجل أنهما يتفرقان طلاق، ولا متوفى عنها. وفي الصحيحين عن ابن عمر: «لاعن رجل امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة».

قلنا: إذا نفاه عقيب الولادة صح نفيه ولاَعَنَ به عند أبي حنيفة يعني ما لم يظهر منه اعتراف، أو دلالة على الاعتراف، ولم يؤقت أبو حنيفة في مدة النفي وقتاً، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام.

وذكر أبو الليث: أن له نفيه إلى ثلاثة أيام، وروى الحسن إلى سبعة أيام وهو ما بين الولادة إلى العقيقة، وهذا غير صحيح؛ لأنه تقدير لا دليل عليه.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ) وهذا إذا كان الزوج حاضراً. أما إذا ولدت وهو غائب، ولم يعلم حتى قدم، فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما تقبل فيه التهنئة بعد قدومه، وعندهما: في مقدار مدة النفاس بعد قدومه أيضاً.

وقد قالوا في ولد الزوجة: إذا هني به، فسكت كان اعترافا، وإن هني بولد الأمة، فسكت لم يكن اعترافاً؛ لأن نسب ولد الزوجة يثبت بالفراش، وإنما يترقب النفي من الزوج، فإذا سكت عند التهنئة صار بذلك معترفاً. وأما ولد الأمة، فلا يثبت بالفراش؛ لأنه لا فراش لها، وإنما يثبت بالدعوى، فالسكوت لا يقوم مقام الدعوى وولد أم الولد كولد الزوجة؛ لأن لها فراشاً.

قوله: (وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَنَفَى الأَوَّلَ وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَحُدَّ الزَّوْجُ وَلاَ لِعَانَ)؛ لأنهما توأمان خلقاً من ماء واحد وحد الزوج؛ لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني. والأصل أن الحمل الواحد لا يجوز أن يثبت بعض نسبه دون بعض؛ لأنهما حمل واحد، فهو كالولد الواحد.

قوله: (وَإِنْ اعْتَرَفَ بِالأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِيَ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَلاَعَنَ)؛ لأنهما حمل واحد، فإذا اعترف بالأول ثبت نسبه، فلا يصح نفيه للثاني فثبتا جميعاً، وعليه اللعان؛ لأنه صار قاذفاً للزوجة بنفي الثاني؛ ولأنه لما أقر بالأول، ونفى الثاني كان نفيه للثاني رجوعاً فلم يصح رجوعه عن الإقرار الأول، وإن ولدت أحدهما ميتاً، فنفاهما لاعن ولزمه الولدان، وإن نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان، فإنه يلاعن ويلزمه نسبهما جميعاً. أما ثبوت النسب؛ فلأن الميت منهما لا يصح نفيه؛ لأن ذلك حكم عليه، والميت لا يحكم عليه إذا لم يحضر له خصم، والثاني ليس بخصم عنه.

وأما اللعان: فعند أبي يوسف يسقط؛ لأن المقصود به نفي النسب، وقد تعذر ذلك بموته فلم يكن في اللعان فائدة.

وعند محمد: لا يسقط؛ لأن اللعان قد ينفرد عن نفي النسب، كذا في الخجندي، وإن جاءت بثلاثة أولاد في بطن واحد، فأقر بالأول، ونفى الثاني، وأقر بالثالث لاَعَنَ، وإن نفى الأول والثالث، وأقر بالثاني يحد، وهم بنوه، كذا في الوجيز، والله أعلم.

كتاب العدة

العدة[1] جمع عدة، والعدة: هي التربص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح، أو شبهته، وهي مدة وضعت شرعاً للتعرف عن براءة الرحم، وهي على ثلاثة أضرب:

1 - الحيض.

2- والشهور.

3- ووضع الحمل.

فالحيض: يجب بالطلاق، والفرقة في النكاح الفاسد، وبالوطء بشبهة النكاح، وبعتق أم الولد، وموت مولاها.

وأما الشهور: فعلى ضربين:

1 - ضرب منهما يجب بدلاً عن الحيض في الصغيرة والآيسة.

2- والضرب الثاني هو الذي يلزم المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملاً، ويستوي فيه المدخول بها وغير المدخول بها إذا كان النكاح صحيحاً.

أما الفاسد فعدتها فيه الحيض في الفرقة والموت.

وأما وضع الحمل فتنقضي به كل عدة عندهما.

وقال أبو يوسف: مثله إلا في المرأة الصغيرة.

قوله رحمه الله: (إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا أَوْ ثَلَاثًا أَوْ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ، وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ) سواء كانت الحرة مسلمة: أو كتابية وهذا إذا طلقها بعد الدخول. أما قبله فلا عدة عليها.

وقوله: «أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق»: مثل أن تحرم عليه بعد الدخول بأن تمكن ابن زوجها من نفسها، أو ما أشبه ذلك مما يوجب الفرقة بالتحريم.

قوله: (وَالْأَقْرَاءُ الْحَيْضُ) وقال مالك والشافعي: هي الأطهار التي تخلل الحيض.

---

(1) العدة شرعاً أجل حدده الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة. فالزوجة المدخول بها بعد حل عقدة زواجها بأي سبب كان تتربص وتنتظر ولا تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها بانتهاء ذلك الأجل المحدود.

أما الزوج إذا فارق زوجته بأي سبب فليس عليه أن يتربص أي مدة ويمتنع عن الزواج فيها إلا إذا كانت من يريد الزواج بها محرماً لمن طلقها فإن عليه أن ينتظر حتى تنقضي عدة مطلقته لئلا يكون جامعاً بين المحرمين وكذلك إذا كانت له زوجك أربع وطلق واحدة منهن لا يحل له التزوج قبل انقضاء عدتها لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع.

انظر: أحكام الأحوال الشخصية، لخلاف (ص 167).

وفائدته: إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه لا تنقضي عدتها ما لم تطهر من الحيضة الثالثة عندنا.

وعند الشافعي: متى شرعت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها.

والدليل على أن الإقراء هي الحيض قوله عليه السلام: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها»[1]، أي في أيام حيضها وقوله عليه السلام: «لفاطمة إذا أتاك قرؤك فدعي الصلاة»[2].

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ لاَ تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ فَعِدَّتُهَا ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ) ثم العدة بالشهور في الطلاق والوفاة إذا اتفقا في غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة إجماعاً، وإن نقصت في العدد وإن حصل ذلك في بعض الشهر، فعند أبي حنيفة: يعتبر بالأيام فتعتد بالطلاق بتسعين يوماً، وفي الوفاة بمائة وثلاثين يوماً، وكذا قال: في صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأهما في بعض الشهر.

وعن أبي يوسف: روايتان:

إحداهما: مثل قول أبي حنيفة.

والثانية: تعتد بقية الشهر بالأيام، وشهرين بالأهلة، وتكمل الشهر الأول من الثالث بالأيام، وهو قول محمد.

والذمية إذا كانت تحت مسلم، فعليها العدة كالمسلمة الحرة كالحرة، والأمة كالأمة؛ لأن العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج، والذمية غير مخاطبة بحق الله تعالى ومخاطبة بحق الزوج، وإن كانت تحت ذمي، فلا عدة عليها في موت، ولا فرقة عند أبي حنيفة إذا كان ذلك في دينهم، وعندهما: عليها العدة. وأما إذا كانت حاملاً، فلا يجوز نكاحها، حتى تضع إجماعاً.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) سواء كان ذلك من طلاق، أو وفاة، وسواء كانت حرة، أو أمة وسواء كان الحمل ثابت النسب، أم لا، وليس للمعتدة بالحمل مدة سواء ولدت بعد الطلاق، أو الموت بيوم، أو أقل، ولو ولدت والميت على سريره، فإن عدتها تنقضي، فإن ولدت ولدين، أو ثلاثة انقضت العدة بالأخير، والمطلقة الرجعية إذا ظهر منها أكثر الولد بانت، فعلى هذا ينبغي أن تنقضي العدة بظهور أكثر

(1) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الطهارة (باب ما جاء في الحيض والمستحاضة).

(2) لم أجده بهذا اللفظ، ولكن ورد بلفظ: «فإذا أقبلت حيضتك فدعي الصلاة» في صحيح البخاري ومسلم وسنن الترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجه والدارمي ومسند أحمد بن حنبل.

الولد، وإن أسقطت سقطاً إن كان مستبين الخلق، أو بعضه انقضت به العدة، وإلا فلا، وإن كانت المعتدة ممن تحيض فارتفع حيضها، فإن عدتها بالحيض لا بالشهور ما لم تدخل في حد الإياس، وكذا إذا كانت صغيرة تعتد بالشهور، فحاضت بطل حكم الشهور، واستأنفت العدة بالحيض.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ) لقوله عليه السلام: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»[1]؛ لأن الرق منصف والحيض لا يتجزأ وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة لوجود الرق فيهن والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة، وعندهما: كالحرة.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ لاَ تَحِيضُ فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ) فإنه يتجزأ، فأمكن تنصيفه وسواء كان زوجها حراً، أو عبداً؛ لأن العدة معتبرة بالنساء وإن طلقت المرأة، فقالت: بعد مدة انقضت عدتي، ففي كم تصدق.

قال أبو حنيفة: لا تصدق في أقل من ستين يوماً إذا كانت حرة ممن تحيض، وفي تخريجه روايتان:

ففي رواية محمد عنه: يجعل كأنه طلقها عقيب حيضها، فيقدر أقل الطهر خمسة عشر يوماً ونصف مدة الحيض خمسة أيام، ثم خمسة عشر طهوراً، وخمسة حيضاً، ثم خمسة عشر طهراً، وخمسة حيضاً، فذلك ستون.

وفي رواية الحسن: يجعل كأنه طلقها في آخر الطهر، فيقدر أكثر مدة الحيض عشرة أيام، ثم أقل الطهر، ثم عشرة أيام حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وعشرة حيضاً.

وعندهما: لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوماً، وتخريجه كأنها طلقت في آخر الطهر، فيبدأ بأقل الحيض، وأقل الطهر، ثم ثلاثة أيام حيض وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيض. وإن كانت حاملاً وطلقها عقيب الولادة، أو قال لها، وهي حامل: إذا ولدت، فأنت طالق، فإنها لا تصدق عند أبي حنيفة في أقل من خمسة وثمانين يوماً. وتخريجه: أن يجعل خمسة وعشرين يوماً نفاساً، وخمسة عشر طهراً.

ثم على رواية محمد: يجعل خمسة أيام حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وخمسة حيضاً، فذلك خمسة وثمانون.

وفي رواية الحسن: لا تصدق في أقل من مائة يوم، وذلك أن تجعل الحيض عشرة أيام.

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه في كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله (باب: ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان).

وقال بعضهم: لا تصدق في أقل من مائة وخمسة عشر يوماً؛ لأنهم يعتبرون النفاس أربعين يوماً، ثم بعده خمسة عشر طهراً، وعشرة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وعشرة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وعشرة حيضاً، فذلك مائة وخمسة عشر.

وقال أبو يوسف: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً يجعل النفاس أحد عشر يوماً، وبعده خمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً.

وقال محمد: تصدق في أربعة وخمسين يوماً وساعة يجعل النفاس ساعة وخمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيضاً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيضاً.

وهذا كله إذا كانت حرة. أما إذا كانت أمة، وهي من ذوات الحيض:

فعند أبي حنيفة: لا تصدق في أقل من أربعين يوماً في رواية محمد عنه يجعل كأنه طلقها عقيب الحيض، فيعتبر خمسة عشر طهراً، وخمسة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وخمسة حيضاً.

وفي رواية الحسن: تصدق في خمسة وثلاثين يجعل كأنه طلقها في آخر الطهر، ثم استقبلها عشرة أيام حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وعشرة حيضاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: تصدق في أحد وعشرين يوماً كأنه طلقها في آخر الطهر، ثم استقبلتها ثلاثة أيام حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً، وإن طلقت عقيب الولادة لم تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً على رواية محمد يجعل نفاسها خمسة وعشرين يوماً، ثم خمسة عشر طهراً، ثم خمسة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وخمسة حيضاً.

وعلى رواية الحسن: لا بد من خمسة وسبعين يوماً؛ لأنه يعتبر النفاس الطهر أربعين يوماً، ثم عشرة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وعشرة حيضاً.

وعلى قول أبي يوسف: لا بد من سبعة وأربعين يوماً؛ لأنه يعتبر النفاس أحد عشر يوماً، ثم خمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً.

وعند محمد: ستة وثلاثون يوماً وساعة؛ لأنه يعتبر النفاس ساعة، ثم خمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً، وخمسة عشر طهراً، وثلاثة حيضاً.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ عَنْ امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةٌ) وهذه العدة لا تجب إلا في نكاح صحيح سواء دخل بها، أو لم يدخل. والمعتبر عشرة أيام وعشر ليال من الشهر الخامس، وسواء كانت مسلمة، أو كتابية، أو صغيرة إذا كان زوجها مسلماً، أو صغيراً. وأما إذا كانت الكتابية تحت ذمي، فلا عدة عليها في فرقة، ولا

موت عند أبي حنيفة إذا كان في دينهم، إلا أن تكون حاملاً، فلا تتزوج حتى تضع حملها، وعندهما: عليها العدة في الفرقة والموت.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَعِدَّتُهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ)؛ لأن الرق منصف وأم الولد والمدبرة والمكاتبة مثلها.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ حَامِلَةً فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ ﴾ (1).

قوله: (وَإِذَا وَرِثَتْ الْمُطَلَّقَةُ فِي الْمَرَضِ فَعِدَّتُهَا أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ) يعني عدة الوفاة فيها ثلاث حيض عندهما.

وقال أبو يوسف؛ ثلاث حيض لا غير.

وصورته: طلقها في مرضه، وهي مدخول بها طلاقا بائناً، أو ثلاثاً ومات، وهي في العدة فإنها ترث عندنا. وأما إذا كان رجعيّاً فعليها عدة الوفاة إجماعاً سواء كان في صحة، أو مرض فعليها أربعة أشهر وعشر وتبطل عدة الحيض إجماعاً؛ لأن النكاح باق.

قوله: (وَإِنْ أُعْتِقَتْ الأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ) لقيام النكاح من كل وجه، ويكون ذلك من وقت الطلاق.

قوله: (وَإِنْ أُعْتِقَتْ، وَهِيَ مَبْتُوتَةٌ أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَمْ تَنْتَقِلْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ) لزوال النكاح بالبينونة والموت.

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ آيِسَةً فَاعْتَدَّتْ بِالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ انْتَقَضَ مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا وَكَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ الْعِدَّةَ بِالْحَيْضِ) وهذا على الرواية التي لم يقدروا للإياس فيها قدراً، فإنها إذا رأت الدم على العادة يبطل الإياس، وظهر أن ما مضى من عدتها لم يكن خلفاً، وهو الصحيح؛ لأن شرط الخليفة تحقق الإياس، وذلك باستدامة العجز إلى الممات. أما على الرواية الذي قدروا الإياس فيها بمدة إذا بلغتها ثم رأت الدم بعدها لم يكن حيضاً، ويكون كما تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها، وفي المرتبة عن بعضهم أن ما تراه الأيسة حيض على الروايات أجمع؛ لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين سنة بالاجتهاد، ورؤية الدم نص فيبطل به الاجتهاد، فعلى هذا لا بد أن يكون الدم أحمر على ما هو العادة. أما إذا كان أصفر، أو أخضر لا يبطل الإياس. ثم على هذا الاختيار إذا كان أحمر تبطل عدة الأشهر ويفسد النكاح، وهذا بعيد.

(1) سورة الطلاق: 4.

وقال بعضهم: إن كان القاضي قضى بجواز النكاح، ثم رأت الدم لا يقضى بفساده.

وقال بعضهم: يقضى بفساده قضى، أو لم يقض وهو الصحيح.

وذكر الصدر الشهيد: أن المرئي بعد الحكم بالإياس إذا كان دماً خالصاً، فهو حيض وينتقض الحكم بالإياس، لكن فيما يستقبل لا فيما مضى من الأحكام، وإن كان المرئي كدرة، أو خضرة لا يكون حيضاً، ويحمل على فساد المنبت، وهذا القول هو المختار، وعليه الفتوى. وهو يشترط حكم الحاكم بالإياس لعدم بطلان ما مضى، أو لا يشترط إذا بلغت مدة الإياس ولم تر الدم، فيه اختلاف المشايخ، والأولى أن لا يشترط.

واختلفوا في مدة الإياس؟

قال بعضهم: ستون سنة.

وقيل: سبعون.

وفي النهاية: الاعتماد على خمس وخمسين سنة، وإليه ذهب أكثر المشايخ المتأخرين.

وعند الشافعي: اثنان وستون سنة، ولو حاضت المرأة حيضة، أو حيضتين، ثم انقطع حيضها، فإنها تصبر إلى خمس وخمسين سنة، ثم تستأنف العدة بالشهور، وإن حاضت الصغيرة قبل تمام عدتها استأنفت العدة بالحيض سواء كان الطلاق بائناً، أو رجعيّاً.

قوله: (وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ عِدَّتُهَا الْحَيْضُ فِي الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ) هذا إذا دخل بها. أما إذا لم يدخل بها حتى مات لم يجب عليها شيء، وإنما كان عدتها الحيض في الفرقة والموت؛ لأن هذه العدة تجب لأجل الوطء لا لقضاء حق النكاح. والعدة إذا وجبت لأجل الوطء كانت ثلاث حيض، وإن لم تكن من ذوات الحيض كان عليها ثلاثة أشهر؛ لأن كل شهر يقوم مقام حيضة، وإنما استوى الموت والطلاق؛ لأن عدة الوفاة، إنما تجب على الزوجة لقوله تعالى: ﴿ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾[1]، هذه ليست بزوجة وإن كانت أمة فعدتها بالحيض حيضتان وبالأشهر شهر ونصف.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الْوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ) هذا إذا لم تكن معتدة ولا تحت زوج ولا نفقة لها في العدة؛ لأنها عدة وطء كالمعتدة من نكاح

(1) سورة البقرة: 234.

فاسد وإن كانت ممن لا تحيض، فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح، وإنما استوى فيها الموت والعتق؛ لأنها عدة وطء وإن مات عن أمة كان يطؤها، أو مدبرة كان يطؤها، أو أعتقها لم يكن عليهما شيء؛ لأنهما ليسا بفراش له وإذا زوج أم ولده ثم مات عنها، وهي تحت زوج أو في عدة من زوج، فلا عدة عليها بموت المولى؛ لأنها ليست فراشاً له، فإن أعتقها ثم طلقها لزوج فعدتها عدة الحرائر وإن أعتقها، وهي في العدة إن كانت رجعية تغيرت عدتها، وإن كانت بائناً لم تتغير وإن كانت عدتها قد انقضت، ثم مات المولى فعليها بموته ثلاث حيض؛ لأنها عادت فراشاً له. فإن مات المولى والزوج وبين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام ولا يعلم أيهما مات أوَّلاً، فعليهما أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض بالإجماع؛ لأنه إذا مات الزوج أوَّلاً، فقد وجب عليها شهران وخمسة أيام؛ لأنها أمة ثم مات المولى بعد انقضاء عدتها، فوجب عليها ثلاث حيض عدة المولى، فيجمع بينهما احتياطاً، وإن مات المولى أوَّلاً عتقت بموته ولم يجب عليها عدة بموته؛ لأنها منكوحة الغير، فلما مات الزوج، وهي حرة وجب عليها أربعة أشهر وعشر، والشهور يدخل أقلها في أكثرها، فوجب عليها على طريق الاحتياط أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض، وإن كان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام، فعليها أربعة أشهر وعشر إجماعاً، وليس عليها حيض؛ لأنه لا حالة لوجوب الحيض ها هنا؛ لأن المولى إن مات أوَّلاً لم يجب عليها شيء؛ لأنها تحت زوج وتعتق بموته، ثم بموت الزوج يجب عليها أربعة أشهر وعشر؛ لأنها حرة وإن مات الزوج أوَّلاً وجب عليها شهران وخمسة أيام وبموت المولى لا يلزمها عدة؛ لأنها تعتد من نكاح، فيلزمها في حال أربعة أشهر وعشر وفي حال نصفه، فألزمناها الأكثر احتياطاً. وإن لم يعلم كم بين موتيهما ولا أيهما أوَّلاً فعند أبي حنيفة عليها أربعة أشهر وعشر، بلا حيض فيها؛ لأن كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخ ما بينهما يحكم بوقوعهما معاً كالغرقى. وإذا حكمنا بموت الزوج مع موت المولى وجبت عليها العدة، وهي حرة، فكان عليها عدة الحرائر، ولم يكن لإيجاب الحيض معنى، فسقط.

وعندهما: عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض؛ لأنه يحتمل أن يكون موت الزوج متقدماً وانقضت العدة، ثم مات المولى، ويحتمل أن يكون المولى أوَّلاً، ثم مات الزوج، والعدة يعتبر فيها الاحتياط، فيجمع بين الشهور والحيض، وإذا اشترى الزوج امرأته، ولها منه ولد فأعتقها فعليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب الزوجة وحيضة من العتق لا تجتنب فيها ذلك؛ لأنه لما اشتراها فسد نكاحها، فصارت معتدة في حق غيره، وإن لم تكن معتدة في حقه بدلالة أنه لا يجوز له أن

يتزوجها، فإذا أعتقها صارت معتدة في حقه وحق غيره؛ لأن المعنى المانع من كونها معتدة في حقه إباحة وطئها، وقد زال بالعتق فوجب عليها حيضتان من فساد النكاح، ومن العتق، وعدة لنكاح يجب فيها الإحداد. وأما الحيضة الثالثة، فإنما تجب لأجل العتق خاصة، وعدة المعتق لا إحداد فيها، فإن كان طلقها قبل أن يشتريها تطليقة بائنة، ثم اشتراها حل له وطؤها؛ لأن الملك سبب في الإباحة، فإذا حصل بعد البينونة صار كعقد النكاح، فإن حاضت في المسألة الأولى حيضتين قبل العتق، ثم أعتقها، فلا عدة عليها من النكاح، حتى إن له أن يتزوجها، وتعتد من العتق ثلاث حيض أخرى، كذا في الكرخي.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنْ امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَمْلٌ فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر؛ لأن الحمل ليس بثابت النسب منه، فصار كالحادث بعد الموت.

ولهما: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ (1).

قوله: (وَإِنْ حَدَثَ الْحَمْلُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ وَلاَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا)؛ لأن الصغير لا ماء له.

وقوله: «حدث الحمل بعد الموت»: معرفة حدوثه أن تضعه لستة أشهر فصاعداً عند عامة المشايخ.

وتفسير الحمل يوم الموت أن تلده لأقل من ستة أشهر بعد موته. وأما امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد الموت في العدة انتقلت عدتها من الشهور إلى وضع الحمل؛ لأن النسب يثبت منه، فكان كالقائم عند الموت حكما، كذا في الهداية. وإذا مات الخصي عن امرأته، وهي حامل، أو حدث الحمل بعد الموت، فعدتها أن تضع حملها، والولد ثابت النسب منه؛ لأنه يجامع.

وأما المجبوب إذا مات عنها، وهي حامل، أو حدث بعد موته، ففي إحدى الروايتين: هو كالفحل في ثبوت النسب منه وانقضاء العدة بوضع الحمل؛ لأنه يحذف بالماء.

وفي الرواية الثانية: هو كالصبي إن حدث الحمل قبل موته انقضت به العدة، وإن حدث بعد موته لم تنقض به العدة، وإنما تنقضي بالشهور، ولا يثبت النسب منه؛ لأنه لا

---

(1) سورة الطلاق: 4.

يولج، فاستحال كون الولد منه.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الْحَيْضِ لَمْ تَعْتَدَّ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلَاقُ)؛ لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل، وهذه قد فات بعضها قبله.

قوله: (وَإِذَا وُطِئَتْ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَى) ووطء الشبهة أنواع، منها: المعتدة إذا زفت إلى غير زوجها، فقيل له: إنها زوجتك فوطئها، ثم بان الأمر بخلافه.

ومنها: إذا طلقها ثلاثاً، ثم عاد فتزوجها في العدة ودخل بها.

ومنها: إذا وطئها في العدة، وقد طلقها ثلاثاً، وقال: ظننت أنها تحل لي.

ومنها: إذا طلقها دون الثلاث بعوض، أو بلفظ الكناية ووطئها في العدة.

ومنها: إذا وطئت بشبهة ولها زوج فطلقها بعد ذلك الوطء، فإن هذه المواضع يجب عليها عدتان ويتداخلان ويمضيان في مدة واحدة عندنا.

قوله: (وَتَتَدَاخَلُ الْعِدَّتَانِ فَيَكُونُ مَا تَرَاهُ مِنْ الْحَيْضِ مُحْتَسَبًا بِهِ مِنْهُمَا جَمِيعًا) وعند الشافعي: لا يتداخلان.

وحاصل الخلاف: راجع إلى أصل، وهو أن الركن في العدة. هل هو الفعل أم ترك الفعل؟

فعنده: هو الفعل لكونها مأمورة بالتربص الذي هو الكف عن التزوج، وعن الخروج وهو فعل ولا يتصور فعلان في وقت واحد كالصومين في يوم واحد.

وعندنا: الركن ترك الفعل، وهو ترك التزوج، وترك الخروج، ويتصور ترك أفعال كثيرة في وقت واحد كترك مطالبات كثيرة. ولهذا يجب على من لا فعل عليها أصلا كالصبية والمجنونة، ثم إذا تداخلتا عندنا، وكانت العدة من طلاق رجعي، فلا نفقة على واحد منهما وإن كانت من بائن فنفقتها على الأول، ولو أن الزوجة إذا تزوجت وفرق بينها وبين الثاني، وقد وطئها فعليها العدة ولا نفقة لها على زوجها ما دامت في العدة؛ لأنها منعت نفسها في العدة، كذا في العيون.

وقوله: «وتتداخل العدتان»: سواء كانتا من جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت، أو من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة، فإنهما يتداخلان وتعتد بما تراه من الحيض في الأشهر.

وقوله: «ويكون ما تراه من الحيض محتسباً به منهما جميعاً»: يعني بعد التفريق من الثاني. أما إذا كانت قد حاضت حيضة قبل وطء الثاني، فإنها من عدة الأول خاصة،

ويكون عليها من تمام عدتها من الأول حيضتان، ومن الثاني ثلاث حيض، فإذا حاضت حيضتين كانت منهما جميعاً، وانقضت عدة الأول، وبقيت من عدة الثاني حيضة.

قوله: (فَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ مِنْ الأَوَّلِ وَلَمْ تُكْمِلْ الثَّانِيَةَ فَإِنَّ عَلَيْهَا تَمَامَ عِدَّةِ الثَّانِي) ولهذا لو كان الطلاق رجعياً كان للأول أن يراجعها في الحيضتين ولا يراجعها في الثالثة؛ لأن عدتها قد انقضت في حقه، وللثاني أن يتزوجها في الحيضة الثالثة التي هي الرابعة في حقها.

قوله: (وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ عَقِيبَ الطَّلَاقِ وَفِي الْوَفَاةِ عَقِيبَ الْوَفَاةِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْوَفَاةِ حَتَّى مَضَتْ الْعِدَّةُ فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا)؛ لأن العدة هي مضي الزمان، فإذا مضت المدة انقضت العدة.

قال في الهداية: ومشايخنا: يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة، حتى إنه لو أقر أنه طلقها من منذ سنة، فإن كذبته في الإسناد، أو قالت: لا أدري، فإنه تجب العدة من وقت الإقرار، وإن صدقته.

قال محمد: تجب العدة من وقت الطلاق، والمختار من وقت الإقرار، ولا يجب لها نفقة العدة، ولا السكنى؛ لأنها صدقته، ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات، أو طلقها ثلاثاً، أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكثر رأيها أنه حق، فلا بأس أن تعتد وتتزوج، وكذا لو قالت امرأة لرجل: طلقني زوجي وانقضت عدتي لا بأس أن يتزوجها.

قوله: (وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا أَوْ عِنْدَ عَزْمِ الْوَاطِئِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا) وقال زفر: من آخر الوطآت، فإن كانت حاضت ثلاثاً بعد آخر الوطء قبل التفريق، فقد انقضت عدتها عنده، ولو فرق بينهما، ثم وطئها وجب الحد.

وصورة العزم على ترك الوطء أن يقول: تركت وطأها، أو تركتها، أو خليت سبيلها، أو ما يقوم مقام هذا القول. أما مجرد العزم، فلا عبرة به.

قال في النهاية: ولو أنكر نكاحها، فليس ذلك بمتاركة إنما المتاركة بأن يقول: تركتك، أو تركتها، أو خليت سبيلها، وهذا في المدخول بها. أما في غير المدخول بها يكفي تفرق الأبدان، وهو أن يتركها على قصد أن لا يعود إليها، والطلاق في النكاح الفاسد لا ينقص عدد الطلاق؛ لأنه ليس بطلاق حقيقة إنما هو فسخ كذا في الذخيرة.

ثم الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة، وإن تزوج منكوحة الغير ووطئها إن كان لا يعلم أنها منكوحة غيره تجب العدة، وتحرم على الأول إلى أن تنقضي العدة، وإن

علم أنها منكوحة لا تجب العدة، ولا تحرم على الأول؛ لأنه حينئذ يكون زنا محضاً.

قوله: (وَعَلَى الْمَبْتُوتَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً عَاقِلَةً مُسْلِمَةً الإِحْدَادُ) وعند الشافعي: لا إحداد على المبتوتة؛ لأن الإحداد وجب إظهاراً للتأسف على موت زوج وفاء بعهدها إلى مماته، وهذا قد أوحشها بالإبانة، فلا تأسف بفوته.

ولنا: أنه يجب إظهاراً للتأسف على فوات نعمة النكاح، الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها لإبانة أقطع لها من الموت، حتى كان لها أن تغسله ميتاً قبل الإبانة لا بعدها، ولا تشبه هذه المطلقة الرجعية؛ لأنها لم تفارق زوجها، فلم يجب عليها الإحداد.

قوله: (وَالإِحْدَادُ أَنْ تَتْرُكَ الطِّيبَ وَالزِّينَةَ وَالْكُحْلَ وَالدُّهْنَ) وسواء في ذلك الدهن المطيب، أو غيره؛ لأن فيه زينة الشعر، ويقال: الحداد والإحداد لغتان.

قوله: (إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ) بأن كان بها وجع العين، فتكتحل، أو حكة، فتلبس الحرير، أو تشكي رأسها، فتدهن وتمتشط بالأسنان الغليظة المتباعدة من غير إرادة الزينة؛ لأن هذا تداو لا زينة.

قوله: (وَلاَ تَخْتَضِبُ بِالْحِنَّاءِ) لقوله عليه السلام: «الحناء طيب»[1]؛ ولأنه زينة.

قوله: (وَلاَ تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِعُصْفُرٍ وَلاَ بِزَعْفَرَانٍ وَلاَ وَرْسٍ) فإن غسل الثوب المصبوغ، حتى صار لا ينفض جاز أن تلبسه لزوال الطيب منه، وكذا لا تلبس الثوب المطيب. وأما لبس الحرير إن قصدت به الزينة لم يجز، وإن لبسته لعذر كما إذا كان بها حكة، أو لعدم غيره جاز من غير إرادة الزينة، وكذا لا يحل لها لبس الحلي؛ لأنها تلبس للزينة.

قوله: (وَلاَ إِحْدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ وَلاَ صَغِيرَةٍ) وقال الشافعي: يجب على الصغيرة قياساً على العدة.

قلنا: الإحداد عبادة بدنية كالصلاة والصوم، فلا يلزمها.

وأما العدة فليست بعبادة؛ لأنها مضي الزمان، قد أسلمت الكافرة في العدة لزمها الإحداد فيما بقي من العدة.

قوله: (وَعَلَى الأَمَةِ الإِحْدَادُ) وكذا المكاتبة والمدبرة وأم الولد؛ لأنهن مخاطبات بحقوق الله فيما لم يكن فيه إبطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج؛ لأن فيه إبطال حقه.

---

(1) تقدم تخريجه.

قوله: (وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَلاَ فِي عِدَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِحْدَادٌ)؛ لأن الإحداد لحرمة الزوجية، والفاسد لا حرمة له وأم الولد عدتها وطء، فهي كالمنكوحة نكاحاً فاسداً. ومعنى قوله: «ولا في عدة أم الولد»: يعني من المولى إذا أعتقها، أو مات عنها؛ لأنه لا زوجية بينهما. أما إذا مات زوجها، فعليها الإحداد.

قوله: (وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ وَلاَ بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الْخِطْبَةِ) وصورة التعريض: أن يقول لها: «إني أريد النكاح، وأحب امرأة صفتها كذا، فيصفها بالصفة التي هي فيها»، أو يقول: «ليت لي مثلك، أو أرجو أن يجمع الله بيني وبينك، وإن قضى الله لنا أمراً كان»، وهذا في المتوفى عنها زوجها.

أما المطلقة: فلا يجوز التعريض بخطبتها؛ لأنها لا تخرج من منـــزلها، فلا يتمكن من ذلك.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالْمَبْتُوتَةِ الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلاً وَلاَ نَهَارًا) بخلاف أم الولد والمدبرة والأمة والمكاتبة، حيث يجوز لهن الخروج في الوفاة والطلاق بائناً، كان أو رجعيّاً. والصغيرة تخرج في البائن دون الرجعي، وكذا المعتدة من نكاح فاسد لها أن تخرج.

وقيل: للزوج أن يمنع الكتابية من الخروج في عدتها كما لو كان النكاح باقياً. وأصل هذا قوله تعالى في المطلقات: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ (1).

واختلف السلف في الفاحشة؟

قال ابن مسعود: وهو أن تزني فتخرج لإقامة الحد عليها.

وقال النخعي: هو نفس الخروج، وكلا القولين جيد، إلا أن أصحابنا قالوا: الصحيح قول ابن مسعود؛ لأن الغاية لا تكون غاية لنفسها، فلما قال تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ ﴾ (2) دل على أن الفاحشة غير الخروج، والمطلقة الرجعية والبائن والثلاث فيما يلزم المعتدة سواء.

أما الرجعية؛ فلأنها زوجة فله منعها من الخروج وكذا المبتوتة، والمطلقة ثلاثاً له منعهما لتحصين مائه، فإن كانت المعتدة أمة، أو مدبرة، أو مكاتبة، أو أم ولد فلها

(1) سورة الطلاق: 1.

(2) سورة الطلاق: 1.

الخروج في الطلاق والوفاة؛ لأنه لا يلزمها المقام في منـــزله حال قيام النكاح، فكذا في العدة؛ لأن حق المولى في خدمتها والمكاتبة في سعايتها، فلو منعناها الخروج تعذرت السعاية. وأما المعتق بعضها، فهي مكاتبة عند أبي حنيفة، وعندهما: حرة مديونة.

قوله: (وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَلاَ تَبِيتُ عَنْ مَنْزِلِهَا)؛ لأنه لا نفقة لها، فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش، وقد يمتد ذلك إلى هجوم الليل ولا كذلك المطلقة؛ لأن نفقتها واجبة على الزوج.

وقوله: «وبعض الليل»: يعني مقدار ما تستكمل حوائجها.

وعن محمد: أنها تبيت في منـــزلها أكثر الليل.

قوله: (وَعَلَى الْمُعْتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَى حَالَ وُقُوعِ الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ) هذا إذا كان الطلاق رجعياً.

أما إذا كان بائناً أو ثلاثاً، فلا بد من سترة بينها وبين الزوج إلا أن يكون فاسقاً يخاف عليها منه، فإنها تخرج؛ لأن هذا عذر، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها، وإن جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما، فحسن وإن ضاق بها المنظتزل خرجت، ولا تنتقل عما تخرج إليه.

قوله: (وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ يَكْفِيهَا فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ إِلاَّ مِنْ عُذْرٍ) بأن ينهدم البيت، أو كانت في الرستاق، فخافت اللصوص، أو الظلمة، فلا بأس بالانتقال.

قوله: (وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ لاَ يَكْفِيهَا فَأَخْرَجَهَا الْوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ انْتَقَلَتْ)؛ لأن هذا عذر.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَافِرَ الزَّوْجُ بِالْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ) وقال زفر: له ذلك، ولو خرج الرجل بامرأته مسافر للحج، فطلقها في بعض الطريق، أو مات عنها، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام عادت إليه سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو أقل؛ لأنها تقدر أن تعود إلى منـــزلها من غير إنشاء سفر. وأما إذا كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعداً وبينها وبين مقصدها أقل من ذلك، فإنها تمضي لمقصدها؛ لأنها تحتاج في عودها إلى إنشاء سفر، وهي ممنوعة من السفر، ولا تحتاج إليه في المضي، وإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام وبينها وبين مقصدها كذلك، فهي بالخيار إن شاءت مضت، وإن شاءت رجعت بمحرم، أو غيره إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منـــزل الزوج، وإن كان إلى كل واحد منهما سفر، وهي في المفازة، فإن شاءت مضت،

وإن شاءت رجعت كان معها محرم أو لا؛ لأن المكث هناك أخوف عليها من الخروج؛ لأنه لا يصلح للإقامة إلا أن الرجوع أولى لما ذكرنا، ثم إذا مضت وبلغت إلى أقرب بقعة فيها الأمن، وهي تصلح للإقامة أقامت فيه عند أبي حنيفة. وأما إذا كان موضع الطلاق، أو الموت يصلح للإقامة، فإنها لا تخرج منه حتى تنقضي عدتها سواء كان معها محرم أو لا، ثم تخرج بعد ذلك، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان معها محرم، فلا بأس أن تخرج معه إلى أيهما شاءت؛ لأن نفس الخروج مباح دفعاً لضرر الغربة، ووحشة الوحدة، وإنما الحرمة للسفر، وقد ارتفعت بالمحرم.

ولأبي حنيفة: أن المرأة في السفر تابعة للزوج، فإذا مات، أو طلقها انقطع حكم سفرها التابع له، وصار الحكم يتعلق بنيتها، فخروجها إنشاء سفر في العدة، فلا يجوز من غير ضرورة؛ ولأن العدة أمنع للخروج من عدم المحرم، فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير محرم، ففي العدة أولى.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلاَقًا بَائِنًا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ وَعَلَيْهَا تَمَامُ الْعِدَّةِ الأُولَى) وأصله: أن الدخول في النكاح الأول هل هو دخول في الثاني بمجرد العقد؟

فعندهما: نعم.

وعند محمد: لا. فعلى هذا إذا تزوجت من غير كفء، ودخل بها فرفع الولي الأمر إلى القاضي، ففرق بينهما وألزمه المهر وألزمها العدة، ثم تزوجها في العدة بغير ولي، ثم فرق بينهما قبل الدخول، أو تزوج صغيرة ودخل بها، ثم طلقها بائناً، ثم تزوجها في العدة، ثم بلغت واختارت نفسها قبل الدخول، أو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ودخل بها ثم فرق بينهما، ثم تزوجها في العدة نكاحاً صحيحاً، ثم طلقها قبل الدخول. ففي هذه المسائل كلها يجب المهر عندهما كاملاً خلافا لمحمد.

وقال زفر: لا عدة عليها أصلاً؛ لأن العدة الأولى قد سقطت بالتزوج، فلا تعود والثانية لم تجب؛ لأنه عقد ورد عليه الطلاق قبل الدخول، فلا يوجب كمال المهر، ولا استئناف العدة.

{مطلب في ثبوت النسب[1]}

قوله: (وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا) لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أن تكون ممتدة الطهر. والأصل في هذا: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر بلا خلاف، وأكثرها سنتان عندنا، فإذا ثبت هذا قلنا: إذا جاءت الرجعية بولد لسنتين ولم تكن أقرت بانقضاء عدتها ثبت نسبه؛ لأن العدة باقية، ومدة الحمل باقية، وإن جاءت به لأكثر من سنتين ثبت أيضاً، وكان

---

(1) الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها، وهم اللبنات التي يقوم عليها هذا الوجود، وفي المحافظة عليهم ضمان لقيام المجتمعات على أكمل الوجوه وأتمها. لهذا عني الإسلام بِهم عناية كبرى، فشرع لهم من الحقوق ما يكفل سعادتَهم ويصونُهم من الفساد، وأهم هذه الحقوق:

1- ثبوت نسبهم من والديهم. لأن به يحفظون من الذل والضياع.

2- الرضاع، لأنه الوسيلة الوحيدة لتغذيتهم في أول حياتِهم وحفظهم من الهلاك.

3- الحضانة، لاحتياج الأولاد في زمن طفولتهم إلى من يرعى شؤونَهم في الأكل واللبس والنوم وغير ذلك.

4- الولاية عليهم في نفسهم ومالهم إن كان لهم مال، لأن الأولاد قبل بلوغهم سن الرشد يحتاجون إلى من يرعى شؤونَهم في التعليم والتأديب والتزويج إن احتاجوا إليه؟ وإذا كان لهم مال احتاجوا إلى من يقوم بحفظه واستثماره.

5- حق النفقة، لأن الأولاد في طفولتهم لا يقدرون على التكسب وفي الغالب لا يكون لهم مال يفي بنفقاتهم فيحتاجون إلى إنفاق والديهم أو من يحل محلهم من الأقارب عند عجزهم أو موتِهم.

للنسب أسباب تفيده وينشأ عنها، وهذه الأسباب تختلف بالنسبة لكل من الرجل والمرأة. أما المرأة فسبب ثبوت النسب في حقها هو الولادة فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها سواء كان مجيء هذا الولد من طريق مشروع أو غير مشروع. وأما الرجل فسبب ثبوت النسب في حقه ما يأتي:

1- الزواج الصحيح.

2- الزواج الفاسد.

3- الاتصال الجنسي بالمرأة بناء على شبهة.

4- الاتصال بالمرأة بناء على ملك اليمين.

النسب له طرق يمكن إثباته بواحد منها، وأهم هذه الطرق ثلاثة:

1- الزواج الصحيح وما يلحق به وهو الزواج الفاسد.

2- الإقرار أو الدعوة.

3- البينة.

انظر: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكي الدين شعبان (ص 553، 566، 583). راجع لتفصيله: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكي الدين شعبان 553-597.

علوقها به رجعة إذا لم تكن أقرت بالانقضاء؛ لأن الرجعي لا يزيل الملك، فإذا جاءت به لأكثر من سنتين علم أنه بوطء حادث، وهي مباحة الوطء، فحمل أمره على أنه وطئها في العدة، فصار مراجعاً بوطئها، فلهذا لزمه وكان ذلك رجعة. وأما إذا أقرت بالانقضاء في مدة تنقضي بها العدة، ثم جاءت به لستة أشهر فصاعداً لم يلزمه؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فإذا جاءت به بعد الإقرار لستة أشهر علم أنه حدث به بعد الإقرار فلم يلزمه. وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لزمه؛ لأنا تيقنا كذبها بالإقرار وعلمنا أنها أقرت، وهي حبلى، فلا يصح إقرارها.

ولو قال لامرأته: كلما ولدت ولداً، فأنت طالق فولدت ولدين في بطن واحد، فطلقت بالأول وانقضت العدة بالثاني، ولا يقع به طلاق؛ لأن الحنث الثاني صادفها، وهي أجنبية، فلا يقع شيء وإن ولدت ثلاثة وقع طلقتان، وانقضت العدة بالثالث؛ لأن كلما تكرر الأفعال، فقد تكرر الجزاء بتكرار الشرط؛ لأنها لما ولدت الأول طلقت واحدة وبقيت معتدة لبقاء الولد في بطنها، فإذا ولدت الثاني طلقت أخرى؛ لأن عدتها باقية ما لم تضع الثالث، فإذا وضعت الثالث انقضت عدتها، فيصادفها الطلاق الثالث، وهي أجنبية فلا يقع شيء.

قوله: (فَإِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بَانَتْ مِنْهُ)؛ لأنها تصير بوضعه منقضية العدة، ويثبت نسبه لوجوب العلوق في النكاح، أو في العدة ولا يصير مراجعاً؛ لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق، ويحتمل العدة، فلا يصير مراجعاً بالشك.

قوله: (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَكَانَتْ رَجْعِيَّةً)؛ لأن العلوق بعد الطلاق، فالظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها، فيصير بالوطء مراجعاً.

قوله: (وَالْمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ)؛ لأنه يحتمل أن يكون الحمل قائماً وقت الطلاق.

قوله: (وَإِذَا جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ الْفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ)؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق، فلا يكون منه؛ لأن وطأها حرام.

قال في شرحه: هذا الكلام سهو؛ لأن في غيره من الكتب أن نسبه يثبت إذا جاءت به لسنتين؛ لأن رحمها مشغول بالحمل، ومدته سنتان.

وذكر في الينابيع: إذا خرج رأس الولد لأقل من سنتين، ثم انفصل عنها لأكثر من سنتين لا يلزمه الولد، حتى يخرج الرأس ونصف البدن لأقل من سنتين، أو يخرج من قبل الرجلين الأكثر من البدن لأقل من سنتين، والباقي لأكثر من سنتين.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَهُ)؛ لأنه إذا ادعاه، فقد التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة، ثم إذا ادعاه هل يحتاج إلى تصديقها فيه روايتان.

قوله: (وَيَثْبُتُ نَسَبُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا مَا بَيْنَ الْوَفَاةِ وَبَيْنَ سَنَتَيْنِ) سواء كان قبل الدخول أو بعده.

وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب وذلك لعشرة أشهر وعشرة أيام من يوم الوفاة، ولو زنى بامرأة، فحبلت ثم تزوجها، فولدت إن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ثبت نسبه، وإن جاءت به لأقل لم يثبت إلا أن يدعيه ولم يقل إنه من الزنا. أما إذا قال: هو ابني من الزنا لا يثبت نسبه، ولا يرث منه.

قوله: (وَإِذَا اعْتَرَفَتْ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ)؛ لأنه ظهر كذبها بيقين.

قوله: (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ لاحْتِمَالِ الْحُدُوثِ بَعْدَ الْعِدَّةِ) وكذا المتوفى عنها زوجها إذا أقرت بانقضاء عدتها أربعة أشهر وعشراً، ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الإقرار ثبت نسبه، وإن ولدته لستة أشهر فصاعداً من وقت الإقرار لم يثبت.

قوله: (وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ بِوِلاَدَتِهَا رَجُلاَنِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَمْلٌ ظَاهِرٌ أَوْ اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ فَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ) سواء كانت معتدة من طلاق بائن، أو رجعي، أو وفاة.

وقوله: «حمل ظاهر»: بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر.

وقوله: «من غير شهادة»: يعني تامة؛ لأن شهادة القابلة شرط معناه إذا كان هناك حمل ظاهر، وأنكر الزوج الولادة، فلا بد من أن تشهد بولادتها قابلة لجواز أن تكون ولدت ولداً ميتاً، وأرادت إلزامه ولد غيره.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَثْبُتُ فِي الْجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ)؛ لأن الفراش قائم لقيام العدة، والفراش ملزم النسب كما في حال قيام النكاح.

قال فخر الإسلام: ولا بد أن تكون المرأة حرة مسلمة عدلة على قولهما. وأما شهادة الرجل الواحد، فذكر الإمام خواهر زاده" أنها لا تقبل في هذا الموضع.

وفي الخلاصة: تقبل على أصح الأقاويل، كذا في المستصفى.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ)؛ لأن العلوق سابق على النكاح، فلا يكون منه وينفسخ النكاح؛ لأن من

تزوج امرأة، وهي حامل لم يجز نكاحها إلا أن يكون الحمل من الزنا عند أبي حنيفة ومحمد، ثم إذا وطئها في هذا النكاح يلزمه المهر؛ لأنه حصل في عقد.

وقوله: «لم يثبت نسبه»: يعني إذا لم يدعه. أما إذا ادعاه ولم يقل هو من الزنا ثبت نسبه.

قوله: (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ثَبَتَ نَسَبُهُ إِذَا اعْتَرَفَ بِهِ) يعني أنه إذا لم ينفه في وقت النفي، وكذا إذا سكت أيضاً يثبت نسبه؛ لأن الفراش قائم والمدة تامة.

قوله: (وَإِنْ جَحَدَ الْوِلاَدَةَ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلاَدَةِ) وكذا برجل واحد حتى لو نفاه يلاعن؛ لأن النسب يثبت بالفراش.

وصورته: منكوحة ولدت، فقال الزوج: لم تلد به فشهدت به امرأة، فنفاه لاعن، فإن ولدت، ثم اختلفا، فقال: تزوجتك منذ أربعة أشهر، وقالت: منذ ستة أشهر فالقول قولها؛ لأن الظاهر شاهد لها، فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح، ولم يذكر الاستحلاف، وهو على الخلاف المعروف، وإذا قال لامرأته: إذا ولدت فأنت طالق، فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة؛ لأنها ادعت الحنث، فلا يثبت إلا بحجة تامة، وعندهما: تطلق؛ لأن شهادتها حجة في ذلك، وإن كان الزوج، قد اعترف بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة؛ لأن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه، وهو الولادة، وعندهما: يشترط شهادة القابلة؛ لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث.

قوله: (وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ سَنَتَانِ) وقال الشافعي: أربع سنين.

قوله: (وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ) لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [1]، وقال تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [2]، فبقي للحمل ستة أشهر.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فَلاَ عِدَّةَ عَلَيْهَا) هذا عند أبي حنيفة إذا كان ذلك في دينهم، وكذا إذا مات عنها.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة؛ لأنها في دار الإسلام.

لأبي حنيفة: إن العدة تجب لحق الله ولحق الزوج، وهي غير مخاطبة بحقوق الله كالصلاة والصوم والزوج، قد أسقط حقه؛ لأنه لا يعتقده حقاً.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَتْ الْحَامِلُ مِنْ الزِّنَا جَازَ النِّكَاحُ) ولا نفقة لها حتى تضع، وهذا

---

(1) سورة الأحقاف: 15.

(2) سورة لقمان: 14.

قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن ماء الزاني لا حرمة له والمنع من تزوج الحامل لحرمة ماء الواطئ.

قوله: (وَلاَ يَطَؤُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) لقوله عليه السلام: «لا توطأ حامل حتى تضع»[1]، إلا أن يكون هو الزاني، فيجوز له أن يطأها.

وقال أبو يوسف وزفر: نكاح الحبلى من الزنا فاسد.

والخلاف فيما إذا أنكر الزوج الحمل إذا أقر أنه منه، فالنكاح صحيح بالاتفاق ولا يمنع من وطئها، ولها النفقة عند الكل. ثم إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً بعد النكاح ثبت نسبه ويرث منه، وإن جاءت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه، ولا يرث منه، كذا في الواقعات، والله أعلم.

(1) أخرجه علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنـــز العمال (1147/9): «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض».

كتاب النفقات[1]

النفقة في اللغة: مشتقة من النفاق، وهو الهلاك يقال: نفق فرسه إذا هلك سميت بذلك لما فيها من صرف المال وإهلاكه.

في الشرع: عبارة عن استحقاق النفقة بنسب، أو سبب.

قوله رحمه الله: (النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا) سواء كانت حرة، أو مكاتبة. أما إذا كانت أمة، أو مدبرة، أو أم ولد، فلا نفقة لها إلا بالتبوئة. وإنما تجب في النكاح الصحيح، وعدته: أما الفاسد، وعدته: فلا نفقة لها فيه.

قوله: (مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً) يعني بالكافرة الكتابية والنفقة هي المأكول والمشروب وهو الطعام من غالب قوت البلد والإدام من غالب أدم البلد، فإذا امتنعت من الطحن والخبز إن كانت من ذوات الهيئات وجب عليه أن يأتيها بطعام مهيأ، وإلا فلا، ولا ينبغي أن تكون النفقة دراهم؛ لأن السعر يغلو ويرخص ويجب عليه آلة الطبخ وآنية الأكل والشرب مثل الكوز والجرة والقدر والمغرفة، وأشباه ذلك.

وتجب النفقة على الإنسان بثلاثة أنواع:

1 - بالزوجية.

2- والنسب.

3- والملك.

فنفقة الزوجة: ومن في حكمها تجب مع اليسار والإعسار، ولا تسقط بيسار المرأة

---

(1) النفقة في اللغة مأخوذة إما من النفوق، وهو الهلاك، تقول من هذا المعنى: نَفَقَتِ الدَّابةُ تَنْفقُ نفوقاً، إذا هلكت، وإما من النَّفَاقِ، وهو الرَّوَاجُ، تقول من هذا المعنى: نفقت السلعة تَنفِقُ نَفَاقاً، إذا راجت بين الناس، وسمي بها المال الذي ينفقه الإنسان على عياله؛ لأن في إنفاقه عليهم إهلاكاً للمال المُنْفَقِ، أو لأن في الإنفاق رواجاً لحال المُنْفَق عليه.

وأهل اللغة يستعملون كلمة النفقة اسماً لعين المال الذي ينفقه الإنسان على عياله، وأهل العرف يستعملون كلمة النفقة استعمالين:

1-فهم يُطلِقُونَ هذه الكلمة أحياناً ويريدون بها خصوص الطعام، وذلك أنهم يعطفون عليها السكنى والكسوة؛ فيقولون مثلاً: يجب على الزوج لزوجته النفقة والكسوة والسكنى، والأصل في العطف أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه لا نفسه ولا بعضه.

2-ويطلقونَها مرة أخرى على ما يشمل ثلاثة أنواعٍ: الطعام، والسكنى، والكسوة، قد اشتهر عن محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة تفسير النفقة بأنها الطعام، والكسوة، والسكنى، كما هو الإطلاق الثاني، وهو الغالب.

انظر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لمحمد محيي الدين عبد الحميد (ص 181).

ولا بكفرها؛ لأنها تشبه المعاوضة؛ لأنها تجب بتسليم نفسها.

ونفقة النسب ثلاثة أضرب: منها نفقة الأولاد، وهي تجب على الأب موسراً كان، أو معسراً إلا أنه يعتبر أن يكون الولد حرّاً والأب كذلك، وأن يكون الولد فقيراً. أما إذا كان له مال فنفقته في ماله.

ومنها: نفقة الوالدين، فتجب على الولد إذا كان موسراً، وهما معسران، ولا تسقط بكفرهما.

ومنها: نفقة ذوي الأرحام تجب عليه إذا كان موسراً، وهم معسرون، ولا تجب مع كفرهم.

وأما نفقة الملك، فتجب عليه نفقة عبيده، وإمائه على ما يأتي بيانه، إن شاء الله تعالى.

قوله: (إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا فِي مَنْزِلِهِ فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَكِسْوَتُهَا وَسُكْنَاهَا) بشرط تسليمها نفسها، وفي ظاهر الرواية: بعد صحة العقد تجب لها النفقة، وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج عن أبي يوسف، أنه اعتبر لوجوب النفقة انتقالها إلى بيت الزوج، فإذا لم يوجد ذلك لا تجب النفقة ابتداء. فأما بعد ما انتقلت إلى منـــزله تجب النفقة، واختار القدوري رحمه الله قول أبي يوسف، وعن أبي يوسف: أيضاً إنها إذا طلبت النفقة قبل تحولها إلى بيت الزوج، فلها النفقة ما لم يطالبها بالنقلة؛ لأن النقلة حق له، والنفقة حق لها، فإذا ترك حقه لم يسقط حقها، وإن طالبها بالنقلة، فامتنعت إن كان ذلك لتستوفي مهرها فلها النفقة؛ لأن المهر حقها والنفقة حقها، والمطالبة بأحد الحقين لا تسقط الآخر. وأما إذا كان قد أعطاها مهرها، أو كان مؤجلاً، فامتنعت، فلا نفقة لها؛ لأنها ناشزة.

قوله: (يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِمَا جَمِيعًا مُوسِرًا كَانَ الزَّوْجُ أَوْ مُعْسِرًا) هذا اختيار الخصاف، وعليه الفتوى.

وتفسيره: إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين، فنفقة الإعسار، وإن كانت كرهاً، وهو موسر فدون نفقة الموسرات، وفوق نفقة أسلفها، وإن كان معسراً، وهي موسرة، فنفقة الإعسار لقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ ﴾ [1].

قوله: (وَكِسْوَتُهَا)، وهي درعان، وخماران، وملحفة.

وفي الينابيع: إذا كان معسراً يفرض عليه في الشتاء درع هروي وملحفة وخمار

(1) سورة الطلاق: 7.

وكساء، وفي الصيف درع وخمار وملحفة، وإن كان موسراً يفرض عليه في الشتاء درع هروي وملحفة دينورية وخمار إبريسم وكساء ولخادمها قميص وإزار وكساء، ويفرض لها في الصيف درع سابوري وخمار إبريسم وملحفة، ولو فرض لها الكسوة في مدة ستة أشهر ليس لها شيء حتى تمضي المدة، فإن تخرقت قبل مضيها إن كانت بحيث لو لبستها معتاداً لم تتخرق لم تجب، وإلا وجبت وإن بقي الثوب بعد المدة، إن كان بقاؤه لعدم اللبس، أو للبس ثوب غيره، أو للبسه يوماً دون يوم، فإنه يفرض لها كسوة أخرى، وإلا فلا وكذا إذا أمسكت نفقتها ولم تنفقها، فإنه يفرض لها نفقة أخرى، فإن لبست كسوتها لبسا معتاداً، فتخرقت قبل الوقت جدد لها أخرى، وإذا لم تتخرق في المدة لا يجب غيرها.

قال الخجندي: ولو سرق الثوب لا يجب غيره، وإن قترت على نفسها في النفقة، وفضل منها شيء في المدة وجب غيرها.

وفي الينابيع: إذا ضاعت النفقة والكسوة عندها، فلا شيء لها، ويجب عليه أن يعطيها ما تفترشه على قدر حال الزوج، فإن كان موسراً وجب عليه طنفسة في الشتاء ونطع في الصيف، وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء، ولا تكون الطنفسة والنطع، إلا بعد أن يفترش الحصير، ويجب لها ما تتنظف به، ويزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والخطمي والأشنان والصابون على عادة أهل البلد. وأما الخضاب والكحل، فلا يلزمه بل هو على اختياره. وأما الطيب، فيجب عليه منه ما يقطع به السهوكة لا غير، ويجب عليه ما يقطع به الصنان، ولا يجب عليه الدواء للمرض، ولا أجرة الطبيب ولا الفصاد ولا الحجام، وعليه من الماء ما تغسل به ثيابها وبدنها من الوسخ، وليس عليه شراء الماء للغسل من الجنابة، فإن كانت كرهاً، فهو بالخيار إن شاء نقله إليها، وإن شاء أذن لها أن تذهب لتنقله لنفسها، وإن كانت موسرة استأجرت من ينقله إليها، ويجب عليه ماء الوضوء، ويجب عليه مداس للرجل.

قوله: (فَإِنْ امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا حَتَّى يُوَفِّيَهَا مَهْرَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ) يعني المهر المعجل. أما إذا كان مؤجلاً، فليس لها أن تمنع نفسها عندهما خلافاً لأبي يوسف، وكذا بعد حلول الأجل في ظاهر الرواية، وكذا إذا كان بعضه مؤجلاً، وبعضه حالاً، واستوفت الحال ليس لها أن تمتنع عندهما، وكذا لو أجلته بعد العقد أجلاً معلوماً ليس لها أن تمنع نفسها.

وقال أبو يوسف: لها أن تمنع نفسها إلى استيفاء المؤجل في جميع هذه الفصول إذا لم يكن دخل بها، فإن دخل بها فليس لها أن تمنع نفسها عندهما.

وقال أبو حنيفة: لها أن تمنع نفسها.

والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها، حتى لو كانت مكرهة، أو صبية، أو مجنونة لا يسقط حقها من الحبس بالإنفاق، وينبني على هذا استحقاق النفقة، فعند أبي حنيفة لها النفقة، وعندهما: لا نفقة لها.

قال في المنظومة لأبي حنيفة:

والامتناع لابتغاء الصدقه   بعد الدخول لا يزيل النفقه

وفي مقالات أبي يوسف رحمه الله:

وإن يكن صداقها مؤجلا   فقبل نقد مهرها الدخول لا

وصورته: تزوجها على ألف درهم مؤجلة إلى سنة، فليس له أن يدخل بها عند أبي يوسف قبل أن ينقدها، ولها أن تمتنع حتى يعطيها جميعه، وعندهما له ذلك، وليس لها أن تمتنع.

قوله: (وَإِنْ نَشَزَتْ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهِ) النشوز: خروجها من بيته بغير إذنه بغير حق، فإن كان الزوج ساكناً في بيتها فمنعته من الدخول عليها كانت ناشزة، إلا إذا سألته أن يحولها إلى منـــزله، أو يكتري لها ومنعته من الدخول كان لها النفقة.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لاَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا وَإِنْ سَلَّمَتْ إِلَيْهِ)؛ لأن الامتناع لمعنى فيها. وأما المهر، فيجب فإن كانت ممن ينتفع بها للاستئناس، أو للخدمة، فأمسكها في بيته فلها النفقة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا لاَ يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءُ وَالْمَرْأَةُ كَبِيرَةٌ فَلَهَا النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ)؛ لأن العجز جاء من قبله، فإن كان كلاهما صغيران لا يطيقان الجماع، فلا نفقة لها حتى تبلغ حداً يستمتع بها، وإن كانت الزوجة مريضة مرضاً لا يمكنه الوصول إليها، فطلبت النفقة ولم يكن نقلها، فلها النفقة إذا لم تمتنع من الانتقال عند طلبه، وإن امتنعت من الانتقال، فلا نفقة لها.

قوله: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا رَجْعِيًا كَانَ الطَّلاَقُ أَوْ بَائِنًا) وكذا الكسوة أيضاً.

وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة إلا أن تكون حاملاً، فإن كانت حائلاً فلها السكنى بلا نفقة والمبانة بالخلع والإيلاء واللعان وردة الزوج ومجامعة أمها في النفقة سواء، ولو ادعت المطلقة أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها.

قال الخجندي: ولو أن امرأة تطاولت عدتها، فلها النفقة والسكنى، وإن امتد ذلك إلى عشر سنين ما لم تدخل في حد الإياس، وتنقضي العدة بالشهور بعد ذلك، فإن اتهمها حلفها بالله ما انقضت عدتها.

قوله: (وَلاَ نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا) سواء كانت حاملاً، أو حائلاً إلا إذا كانت أم ولد، وهي حامل فلها النفقة من جميع المال، كذا في الفتاوى. وإنما لم تجب نفقة المتوفى عنها زوجها؛ لأن ملك الميت زال إلى الورثة، فلو أوجبناها أوجبناها في ملك الغير، وهذا لا يصح.

قوله: (وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا) مثل الردة وتقبيل ابن الزوج، أو تمكينه من نفسها؛ لأنها صارت مانعة نفسها بغير حق كالناشرة. وأما إذا مكنت ابن زوجها من نفسها في العدة لم تسقط نفقتها، وإن ارتدت في العدة سقطت نفقتها، فإن أسلمت عادت النفقة والسكنى. وأما إذا جاءت الفرقة بسبب مباح كما إذا اختارت نفسها للإدراك، أو للعتاق، أو لعدم الكفاءة، وهي مدخول بها فإن لها النفقة والسكنى، ولو خلعها بعد الدخول فلها النفقة والسكنى، إلا إذا خلعها بشرط أن تبرئه من النفقة والسكنى، فإنه يبرأ من النفقة دون السكنى؛ لأن السكنى خالص حق الله تعالى، فلا يصح الإبراء عنه.

قوله: (وَإِنْ طَلَّقَهَا ثُمَّ ارْتَدَّتْ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا) سواء كان الطلاق بائناً، أو رجعياً.

وفي الهداية: إذا طلقها ثلاثاً، ثم ارتدت سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها بعد الطلاق، فلها النفقة.

والفرق أن المرتدة تحبس، حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة، والممكنة لا تحبس.

قوله: (وَإِذَا حُبِسَتْ الْمَرْأَةُ فِي دَيْنٍ أَوْ غَصَبَهَا رَجُلٌ كَرْهًا فَذَهَبَ بِهَا أَوْ حَجَّتْ مَعَ غَيْرِ مُحْرِمٍ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا) وفي الكرخي: إذا حبست في الدين لا تقدر على وفائه، فلها النفقة، وإن كانت تقدر، فلا نفقة لها؛ لأن المنع باختيارها، والفتوى على أنه لا نفقة لها في الوجهين، وإن حبسها الزوج بدين له عليها، فلها النفقة على الأصح. وأما إذا غصبها رجل كرهاً، فذهب بها أشهراً، فلا نفقة لها؛ لأن هذا عذر من جهة آدمي، وعن أبي يوسف لها النفقة؛ لأن هذا ليس بسبب منها، والفتوى على الأول.

وقوله: «أو حجت مع غير ذي محرم»: يعني حجة الإسلام، واحترز عما إذا حجت بمحرم، فإن لها النفقة عند أبي يوسف إذا كان الزوج، قد نقلها إلى منـــزله؛ لأن التسليم قد وجد، والمنع إنما هو لأداء فرض عليها، فصارت كالصائمة في رمضان.

وقال محمد: لا نفقة لها سواء حجت بمحرم أو لا، وهو الأظهر؛ لأنها مانعة لنفسها. وأما إذا حجت قبل النقلة، فلا نفقة لها بالإجماع، ولو حجت بمحرم، ثم إذا وجبت لها النفقة عند أبي يوسف، إنما تجب نفقة الحضر دون السفر؛ لأنها المستحقة عليه، فإن جاورت بمكة، أو أقامت بعد أداء الحج إقامة لا يحتاج إليها سقطت نفقتها. وأما إذا حج الزوج معها، فلها النفقة إجماعاً؛ لأنه متمكن من الاستمتاع بها في طريقه، ويجب عليه نفقة الحضر دون السفر، ولا يجب الكرى. وأما إذا حجت للتطوع، فلا نفقة لها إجماعاً، إذا لم يكن الزوج معها؛ لأن للزوج منعها من ذلك.

قوله: (وَإِذَا مَرِضَتْ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ)؛ لأنها مسلمة لنفسها والمنع من قبل الله، فلا يؤثر ذلك في سقوط نفقتها؛ ولأن الاحتباس قائم، فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع، إنما هو لعارض كالحيض.

وعن أبي يوسف: إذا سلمت نفسها، ثم مرضت فلها النفقة لتحقق التسليم، وإن مرضت، ثم سلمت لا تجب؛ لأن التسليم لم يصح، وهذا حسن. وفي لفظ الكتاب إشارة إليه حيث قال: وإن مرضت في منـــزل الزوج احترز عما إذا مرضت في بيت أبيها.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في الرتقاء: لا يلزمه نفقتها ما لم ينقلها، فإذا نقلها فلها النفقة وليس له ردهما بعد ذلك؛ لأنه يمكنه الاستمتاع بها بغير الوطء كالحائض.

قوله: (وَيُفرَضُ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا نَفَقَةُ خَادِمِهَا)؛ لأن عليه أن يقيم من يصلح طعامها وشرابها. وأما شرطه في ذلك كونه موسراً، فهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهي الأصح، وعنه أيضاً يفرض لها ذلك، وإن كان معسراً، وهو قول محمد.

قوله: (وَلاَ يُفْرَضُ لأَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ) واحد، هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: إن كان لها خادمان فرض لهما؛ لأنها قد تحتاج إلى خادمين:

أحدهما: يخدمها في منـــزلها.

والثاني: ترسله إلى زوجها يطلب منه النفقة، ويبتع لها ما يصلح لها، وترسله إلى أبويها، ويقضي حوائجها.

ولهما: أن الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم، فكذا إذا أقام غيره مقام نفسه لم يلزمه أن يقيم أكثر من واحد. والخادم هو المملوك.

وقيل: أي خادم كان حرة كانت، أو مملوكة الغير، والمنكوحة إذا كانت أمة لا تستحق نفقة الخادم.

قوله: (وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُنْفَرِدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِه)؛ لأنها قد تستضر بمن يدخل عليها، ويخاف منه على متاعها، وقد يمنعها من المعاشرة مع زوجها.

قوله: (إِلاَّ أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ)؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها.

قوله: (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا فَلَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تُسْكِنَهُ مَعَهَا)؛ لأنه يمنعها من المعاشرة مع زوجها، وقد تخاف منه على متاعها.

قوله: (وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدَيهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِه وَأَهْلَهَا الدُّخُولَ عَلَيْهَا)؛ لأن عليها الخلوة معه في أي وقت شاء وبدخول هؤلاء يتعذر ذلك.

وقيل: لا يمنع والديها من الدخول عليها في الأسبوع مرة، وفي غيرها من المحارم التقدير بسنة، وهو الصحيح.

قوله: (وَلاَ يَمْنَعُهُمْ مِنْ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَكَلاَمُهَا فِي كُلِّ وَقْتٍ شَاءُوا) لما في ذلك من قطيعة الرحم؛ ولأن أهلها لا بد لهم من افتقادهم والعلم بحالها، ولا يمنعها من الخروج إلى الوالدين.

قوله: (وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ زَوْجَتِهِ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا وَيُقَالُ لَهُ اسْتَدِينِي عَلَيْهِ) فائدة الإذن في الاستدانة: أنها تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين، وإن لم يرض الزوج، وإن استدانت بغير إذنه كانت المطالبة عليها خاصة، وإن استدانت قبل أن يأمرها الحاكم، فهي متطوعة، ولا شيء من ذلك على الزوج يعني إذا كانت النفقة لم تفرض لها عليه قبل ذلك. أما إذا كانت قد فرضت لم تكن متطوعة، بل يكون ديناً على الزوج.

قوله: (وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ مُعْتَرِفٍ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ فَرَضَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ الْمَالِ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الْغَائِبِ وَأَوْلاَدِهِ الصِّغَارِ وَوَالِدَيهِ) وكذا إذا علم القاضي بذلك ولم يعترف، فإنه يقضي عليه بذلك سواء كان المال أمانة في يده، أو ديناً، أو مضاربة. وأما إذا جحد أحد الأمرين، فإنه لا يقضي عليه.

قوله: (وَيَأْخُذُ مِنْهُمْ كَفِيلاً بِذَلِكَ)؛ لأن القاضي ناظر محتاط، وفي أخذ الكفيل نظر للغائب؛ لأنه إذا وصل ربما يقيم البينة على طلاقها، أو على استيفائها نفقتها فيضمن الكفيل، وكذا أيضاً يحلفها القاضي بالله ما أعطاها النفقة، أو لم يكن بينكما سبب يسقط النفقة من نشوز، أو غيره.

قوله: (وَلاَ يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ الْغَائِبِ إِلاَّ لِهَؤُلاَءِ) يعني الزوجة والأولاد الصغار والوالدين؛ لأن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي، ولهذا كان لهم أن يأخذوا بأنفسهم، فكان قضاء القاضي إعانة لهم. أما غيرهم من المحارم، إنما تجبُ نفقتهم بالقضاء، والقضاء

على الغائب لا يجوز.

وقال أبو حنيفة: يجوز للأبوين أن يبيعا على الولد إذا كان غائباً العروض في نفقتهما بقدر حاجتهما، ولا يبيعان العقار، وليس للقاضي أن يعترض عليهما في ذلك، والذي يتولى البيع الأب دون الأم.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لهما ذلك.

قوله: (وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لَهَا بِنَفَقَةِ الإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ فَخَاصَمَتْهُ إِلَى الْقَاضِي تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ الْمُوسِرِ)؛ لأنه تجددِ لها حق بيساره.

قوله: (وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا الزَّوْجُ فِيهَا وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ فَلاَ شَيْءَ لَهَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ أَوْ صَالَحَتْ الزَّوْجَ عَلَى مِقْدَارِهَا فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى)؛ لأن النفقة صلة، وليست بعوض عندنا، فلا يستحكم الوجوب فيها، إلا بالقضاء. أما إذا فرض القاضي لها النفقة، فلم ينفق عليها، حتى مضت مدة كان لها المطالبة بذلك؛ لأنها تصير ديناً في ذمته، وكذا إذا فرضها الزوج على نفسه باصطلاحها؛ لأن فرضه آكد من فرض الحاكم؛ لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه، وإذا صارت ديناً بالقضاء، أو بالاصطلاح لم تسقط بطول الزمان، إلا إذا مات أحدهما، أو وقعت الفرقة حينئذ تسقط.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضَى عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ أَوْ مَضَتْ شُهُورٌ سَقَطَتْ) وكذا إذا ماتت الزوجة؛ لأن النفقة صلة، والصلة تبطل بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض، ولو أبرأت زوجها من نفقتها في الأوقات المستقبلة لم تصح البراءة؛ لأنها براءة عما سيجب، فلا يصح، ولو فرض القاضي لها النفقة على الزوج وأنفقت من مالها، فلها الرجوع في مال الزوج ما داما حيين، وتسقط بموت أحدهما، إلا أن يكون ما أنفقته ديناً بأمر القاضي، فإنه لا يسقط.

قوله: (وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ سَنَةٍ) أي عجلها (ثُمَّ مَاتَتْ قَبْلَ مُضِيِّهَا لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهَا شَيْءٌ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا إذا أعطاها نفقة شهر، وتكون النفقة ملكا لها وتورث عنها.

قوله: (وَقَالَ مُحَمَّدٌ تُحْسَبُ لَهَا نَفَقَةُ مَا مَضَى وَمَا بَقِيَ لِلزَّوْجِ) أي ما مضى من المدة ويرد ما بقي إلى الزوج، أو إلى ورثته إن كانت قائمة، أو مستهلكة. أما إذا كانت هالكة، فلا شيء عليها بالاتفاق. وعلى هذا الخلاف الكسوة عند محمد يرد الباقي منها، وكذا إذا مات الزوج قبل مضي الوقت لم يكن لورثته الرجوع عليها بشيء عندهما؛ لأن

النفقة صلة اتصل بها القبض، ولا رجوع في الصلة بعد الموت كما في الهبة. ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لم يرجع عليها بشيء بالإجماع.

ولمحمد: أنها قبضت قبضاً مضموناً لا تستحقه على الزوج في المستقبل، فيجب رده كالدين.

قال في المنظومة لمحمد رحمه الله:

وموته أو موتها في المده يوجب فيما استعجلته رده

وروى ابن سماعة عن محمد: أنها إذا قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء؛ لأنه في حكم اليسير، وإن قبضت أكثر من ذلك دفع عنها نفقة شهر وردت ما بقي؛ لأن ما زاد على الشهر في حكم الكثير.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ حُرَّةً فَنَفَقَتُهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهَا) قيد بالحرة؛ لأنه إذا تزوج أمة فليس على مولاها أن يبوئها معه وبدون التبوئة لا نفقة لها، وإنما يباع فيها إذا تزوج بإذن مولاه وللمولى أن يفديه؛ لأن حقها في عين النفقة لا في عين الرقبة. فلو مات العبد سقطت؛ لأنها صلة وكذا إذا قتل في الصحيح. وأما إذا لم يأذن له المولى في التزويج، فلا نفقة لها؛ لأن النكاح فاسد، ولا نفقة في النكاح الفاسد، ولو بيع في مهرها ولم يف بالثمن يطالب بالباقي بعد العتق.

قال في الوجيز: نفقة امرأة العبد، والمكاتب والمدبر حرة كانت، أو أمة عليه لا على المولى كالمهر، فإن كان عبداً يباع في ذلك إلا أن يفديه السيد. وأما المدبر والمكاتب، فلا يباعان بل يستسعيان، ولا يجب على العبد نفقة ولده سواء كان من امرأة حرة، أو أمة بل إن كانت أمة، فعلى مولاها وإن كانت حرة فنفقته على أمه إن كان لها مال، فإن لم يكن لها مال، فعلى من يرث الولد من القرابة، وولد المكاتبة والمستسعاة داخل في كتابة أمه، فتكون نفقته عليها، وهو مكاتب مثلها، وأم الولد والمدبرة نفقة أولادهما على مولاهما، والمكاتب إذا استولد جارية، فعليه نفقتها، وإذا كان الأبوان مكاتبين، فولدهما يدخل في كتابة الأم ونفقته على أبيه.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ أَمَةً فَبَوَّأَهَا مَوْلاَهَا مَعَهُ فَنَفَقَتُهَا عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئْهَا مَعَهُ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا) والتبوئة التخلية بينه وبينها في منـــزل الزوج، ولا يستخدمها المولى، فإن استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لفوات الاحتباس، وإن خدمته أحياناً من غير أن يستخدمها لا تسقط نفقتها والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة.

قوله: (وَنَفَقَةُ الأَوْلاَدِ الصِّغَارِ عَلَى الأَبِ لاَ يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ كَمَا لاَ يُشَارِكُهُ فِي

نَفَقَةِ زَوْجَتِه أَحَدٌ) ويجب عليه ذلك موسراً كان أو معسراً، إلا إنه يعتبر فيه أن يكون الولد حراً والأب كذلك وأن يكون الولد فقيراً؛ لأنه إن كان له مال، فنفقته في ماله، وكذا يجب على الأب نفقة أولاده الإناث إذا كن فقراء والذكور إذا كانوا زمناء، أو عمياناً، أو مجانين؛ لأنهم لا يقدرون على الكسب، فإن كان مال الصغيرة غائباً أمر الأب بالإنفاق عليه، ويرجع به في ماله، فإن أنفق عليه بغير أمر لم يرجع إلا أن يكون أشهد أنه يرجع ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يرجع، وإن لم يشهد إذا كانت نيته أن يرجع. فأما في القضاء، فلا يرجع إلا أن يشهد، وإذا كان الصغير معسراً، وله أبوان فنفقته على الأب دون الأم، فإن كان الأب معسراً والأم موسرة، فإن القاضي يأمر الأم بالإنفاق عليه، ويكون ديناً على الأب ترجع به عليه.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ رَضِيعًا فَلَيْسَ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ)؛ لأن إرضاعه يجري مجرى نفقته، ونفقته على الأب، وقد قيل في قوله تعالى: ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾ [1]، أي بإلزامها إرضاعه مع كراهتها، وهذا إذا كان يوجد في الموضع من ترضعه غيرها. أما إذا كان لا يوجد سواها، فإنها تجبر على إرضاعه صيانة له عن الهلاك، فعلى هذا لا أجرة لها.

قوله: (وَيَسْتَأْجِرُ الأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ عِنْدَهَا) يعني إذا أرادت ذلك، ثم إذا أرضعته الظئر عندها، وأرادت أن تعود الظئر إلى منـــزلها، فلها ذلك ولا يجب عليها أن تمكث في بيت الأم إذا لم يشرط ذلك عليها عند العقد، فإن اشترط عليها أن يكون الإرضاع في بيت الأم لزمها الوفاء بالشرط.

قال في الحسامية: إذا لم يشترط على الظئر الإرضاع عند الأم كان لها أن تحمل الصبي إلى منـــزلها، أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء دار الأم، ثم يدخل الولد إلى أمه.

قوله: (فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا، وَهِيَ زَوْجَةٌ أَوْ مُعْتَدَّةٌ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا مِنْهُ لَمْ يَجُزْ)؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة، وإن لم يجب في الحكم قال الله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ [2]، إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها، فإذا قدمت عليه بالأجرة ظهرت قدرتها، فكان الفعل واجباً عليها، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه.

قوله: (أَوْ مُعْتَدَّةٌ) يعني من الطلاق الرجعي رواية واحدة؛ لأن النكاح قائم. وأما المعتدة من البائن، ففيه روايتان: والصحيحة منهما أنه يجوز؛ لأن النكاح قد زال، فهي

---

(1) سورة البقرة: 233.

(2) سورة البقرة: 233.

كالأجنبية، فإن استأجرها، وهي منكوحته، أو معتدته من الرجعي لإرضاع ابنه من غيرها جاز سواء أوجد غيرها أم لا؛ لأنه غير مستحق عليها.

قوله: (وَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا عَلَى إِرْضَاعِهِ جَازَ)؛ لأن النكاح زال بالكلية، وصارت أجنبية، وقد قالوا: إن الأب إذا التمس من يرضعه، فأرادت الأم أن ترضعه فهي أولى؛ لأنها أقوم به وأشفق عليه، فإن أرادت أن تأخذ أجرة مع بقاء النكاح لم يجز.

قوله: (وَإِنْ قَالَ الأَبُ لاَ أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا فَرَضِيَتْ الأُمُّ بِمِثْلِ أُجْرَةِ الأَجْنَبِيَّةِ) كانت أحق، وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعاً للضرر عنه، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ ﴾ [1]، أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية.

قوله: (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ عَلَى أَبِيهِ) يعني إذا لم يكن له مال.

قوله: (وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِينِهِ) صورته: ذمي تزوج ذمية، ثم أسلمت، ولها منه ولد يحكم بإسلام الولد تبعاً لها، ونفقته على الأب الكافر، وكذا الصبي إذا ارتد، فارتداده صحيح عند أبي حنيفة ومحمد، ونفقته على الأب، وكذا يجب عليه نفقة الأبوين، وإن خالفاه في الدين لقوله تعالى: ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [2]، يعني الكافرين وحسن المصاحبة أن يطعمهما إذا جاعا، ويكسوهما إذا عريا، ويعاشرهما معاشرة جميلة، وليس من المعروف أن يعيش بنعمة الله ويتركهما يموتان جوعاً.

---

(1) سورة البقرة: 233.

(2) سورة لقمان: 15.

كتاب الحضانة[1]

قوله: (وَإِذَا وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَبَيْنَهُمَا وَلَدٌ صَغِيرٌ فَالأُمُّ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ) لقوله عليه السلام: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[2]، ولأنها أشفق وأقدر على الحضانة من الأب، وإليه الإشارة بقول أبي بكر لعمر رضي الله عنهما حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته أم ابنه عاصم ونازعها فيه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله، والصحابة حاضرون، ومتوافرون ولم ينكر عليه أحد منهم. وروي «أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينـــزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تتزوجي»[3]، ولا تجبر الأم على الحضانة؛ لأنها قد تعجز عنها.

قوله: (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمٌ أَوْ كَانَتْ إِلاَّ أَنَّهَا تَزَوَّجَتْ فَأُمُّ الأُمِّ أَوْلَى مِنْ أُمِّ الأَبِ) يعني إن أم الأم وإن بعدت أولى من أم الأب؛ لأنها من قبل الأم، وهذه الولاية مستفادة منها، فمن أولى بها أولى.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأُمُّ الأَبِ) وإن بعدت (أَوْلَى مِنْ الأَخَوَاتِ)؛ لأن لها ولاية، فهي أدخل في الولاية وأكثر شفقة.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ جَدَّةٌ فَالأَخَوَاتُ أَوْلَى مِنْ الْعَمَّاتِ وَالْخَالاَتِ)؛ لأنهن

---

(1) يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات:

الولاية الأولى: ولاية التربية، والولاية الثانية: هي الولاية على النفس،

والولاية الثالثة: الولاية على ماله إن كان له مال.

أما الولاية الأولى، وهي ولاية التربية، فالدور الأول منها يكون للنساء، وهو ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً، وهي حق الأم، ثم لمحارمه من النساء.

ثبت وجوبها عليهن:

أولاً: لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن.

ثانياً: لأن الآثار الصحيحة قد وردت بأن النساء أحق بالحضانة.

انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة، (ص 404).

(2) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق (باب: من أحق بالولد).

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (81/2): حديث: أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينـــزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تتزوجي»، أبو داود وعبد الرزاق والدارقطني وإسحاق من حديث عبد الله ابن عمرو به، وصححه الحاكم.

أقرب؛ لأنهن أولاد الأبوين ولهذا قدمن في الميراث وأولاهن من كانت لأب وأم ثم الأخت من الأم أولى من الأخت للأب.

واختلفت الرواية في الأخت من الأب والخالة؟

فروى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الخالة أولى، وهو قول محمد وزفر لقوله عليه السلام: «الخالة والدة»[1].

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن الأخت أولى؛ لأنها بنت الأب والخالة بنت الجد والقربى أولى وأولاد الأخوات للأب والأم أو للأم أولى من الخالات والعمات في الروايات كلها.

وأما أولاد الأخوات للأب، فالصحيح أن الخالات أولى منهن، والأخت من الأم أولى من ولد الأخت للأب والأم وبنات الأخ أولى من العمات والخالات وبنات الأخت أولى من بنات الأخ.

فأما بنات العم وبنات الخال وبنات العمة وبنات الخالة، فلا حق لهن في الحضانة؛ لأنهن رحم بلا محرم.

قوله: (وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ مِنْ الأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ الأُخْتُ مِنْ الأُمِّ ثُمَّ الأُخْتُ مِنْ الأَبِ ثُمَّ الْخَالاَتُ أَوْلَى مِنْ الْعَمَّاتِ) ترجيحاً بقرابة الأم.

قوله: (وَيَنْزِلْنَ كَمَا تَنْزِلُ الأَخَوَاتُ) أي ترجح ذوات قرابتين.

مسألة: إذا قيل لك: ما الحكمة في أن الأم أشفق على الولد من الأب، وهو خلق من مائهما جميعاً؟

فالجواب: إن ماء الأم من قدامها من بين ترائبها قريباً من القلب الذي هو موضع الشفقة ومحل المحبة والأب يخرج ماؤه من وراء ظهره من الصلب، وهو بعيد من القلب الذي هو موضع الشفقة والرحمة.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (2/81-82): حديث: «الخالة والدة» أحمد وإسحاق من طريق هانئ بن هانئ وهبيرة ابن يريم عن علي: لما خرجنا من مكة أتتنا بنت حمزة، الحديث. وفيه: والجارية ثم خالتها فإن الخالة ولدة، وأخرج ابن سعد من رواية جعفر بن محمد، عن أبيه مرسلاً. وأبو داود من وجه آخر عن علي بلفظ: الخالة أم. وللبخاري من حديث البراء بلفظ: «الخالة بمنزلة الأم».

وفي الباب: عن ابن مسعود بلفظ الباب مختصر ثم الطبراني. وعن أبي هريرة عند العقيلي. وروى ابن المبارك في البر والصلة، عن يونس، عن الزهري: بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «العم أب إذا لم يكن دونه أب، والخالة والدة إذا لم يكن دونها أم».

فإن قيل: وما الحكمة في أن الولد ينسب إلى الأب دون الأم؟

قيل؛ لأن ماء الأم يخلق منه الحسن في الولد والسمن والهزال والشعر واللحم، وهذه الأشياء لا تدوم في الولد، بل تزول وتتغير وتذهب، وماء الرجل يخلق منه العظم والعصب والعروق والمفاصل، وهذه الأشياء لا تزول منه، ولا تفارقه إلى أن يموت.

قوله: (وَكُلّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ سَقَطَ حَقُّهَا) أي تزوجت بأجنبي من الصبي، فإنه تسقط حضانتها، وتصير كالميتة؛ لأن الصبي يلحقه الجفاء من زوج أمه إذا كان أجنبيّاً؛ لأنه ينظر إليه شزراً، ويعطيه نزراً الشزر نظر الغضبان بمؤخر العين والنـــزر الشيء القليل جدّاً، وكل من سقط حقها من هؤلاء بالتزويج، فمات عنها زوجها، أو أبانها عاد حقها لزوال المانع.

قوله: (إِلاَّ الْجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الْجَدَّ) وصورته: أن يتزوج من له أب بمن لها، أم فتأتي بولد فتموت الزوجة، فحضانتها لأمها، فإذا تزوجت سقط حقها، إلا أن تتزوج جد الطفل الذي هو أبو زوج بنتها، وكذا إذا تزوجت الأم عم الطفل، أو ذا رحم محرم، منه ممن له حضانته لم يسقط حقها لقيام الشفقة.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِهِ وَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ فَأَوْلَاهُمْ بِهِ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا) وكذا إذا استغنى الصبي بنفسه، أو بلغت الجارية، فالعصبات أولى بهما على الترتيب في القرابة، والأقرب الأب، ثم الجد أبو الأب، ثم الأخ للأبوين، ثم الأخ للأب كما في الميراث.

وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة واحدة، فأورعهم أولى، ثم أكبرهم سنّاً، ولا حق لابن العم وابن الخال في كفالة الجارية، ولهما حق في كفالة الغلام؛ لأنهما ليسا بمحرم لها، فلا يؤمنان عليها.

قوله: (وَالأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ حَتَّى يَأْكُلَ وَحْدَهُ وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ وَيَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ) قدره الخصاف بسبع سنين اعتباراً للغالب.

والمراد بالاستنجاء أن يطهر نفسه من النجاسات؛ لأنه يؤمر بالصلاة لسبع سنين.

وفي الخجندي قال: والأم والجدات بلفظ الجمع أحق بالغلام، وهنا بلفظ الواحد؛ لأنهن جنس واحد.

وفي الكرخي: والأم والجدتان ولأن الولد إذا بلغ هذا المبلغ استغنى عن قيام النساء، واحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال، والأب أقدر على التأديب والتثقيف.

قوله: (وَبِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ) وعن محمد: حتى تبلغ حد الشهوة.

قال أبو الليث: لا تشتهى ما لم تبلغ سبع سنين، وعليه الفتوى، ومن بلغ معتوهاً كان عند الأم سواء كان ابناً أو بنتاً.

قال الخجندي: إذا كان للرجل بنت بالغة وطلبت الانفراد منه إن كانت ثيباً، وهي مأمونة على نفسها، ولها رأي فليس له منعها، وإن كانت غير مأمونة ضمها إلى نفسه وإن كرهت. وأما إذا كانت بكراً، فله منعها من الانفراد، وإن كانت مأمونة، وإذا اختلف الأم والأب في الولد لم يخير قبل البلوغ عندنا.

وقال الشافعي: يخير الغلام والجارية إذا عقلا التخيير.

لنا: أن مصالح الصغير لا يرجع فيها إلى اختياره كمصالح ماله؛ ولأنه يختار من يخلي بينه وبين اللعب، ويترك تأديبه، فلا يتحقق النظر. وأما ما روي: «أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: إن هذا يريد أن ينتزع ابنه مني، وإنه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة، فقال: استهما عليه، فقال الرجل: من يشاقني في ابني، فقال عليه السلام: للغلام اختر أيهما شئت، فاختارها، فأعطاها إياه»[1]، فقد روي «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: اللهم اهده»[2]، فوفق لاختياره إلا نظر بدعاء النبي صلى الله عليه وسلم، أو يحمل على أنه بالغ؛ لأنها قالت: نفعني أي اكتسب علي.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (82/2): قوله: روى أنه صلى الله عليه وسلم خير: أبو داود والنسائي والحاكم من حديث أبي ميمونة، عن أبي هريرة: سمعت امرأة جاءت إلى رسوله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده، فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني، فقال: استهما عليه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به. وأخرجه الترمذي وابن حبان مختصراً: أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه. وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر عن أبي ميمونة، وصححه ابن القطان. وقال عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج، سمع عبد الله بن عبيد ابن عمير يقول: اختصم أب وأم إلى عمر في ابن لهما، فخيره.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (82/2): قوله: قال صلى الله عليه وسلم: «اللهم اهده». فوفق لاختيار الأنظر بدعائه صلى الله عليه وسلم، أبو داود والنسائي والحاكم والدارقطني من طريق عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه، عن جده رافع بن سنان: أنه أسلم وأبت امرأته ان تسلم، فجاء ابن لهما صغير لم يبلغ، فخيره، فقال: «اللهم اهده، فذهب إلى أبيه». وفي رواية للدارقطني: شبيه بالفطيم، وله أن الجارية اسمها عميرة، وصححه ابن القطان. وأخرجه النسائي وابن ماجه، وأحمد وإسحاق والبزار، من طريق عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده: أن أبوين اختصما في ولد، فخيره النبي صلى الله عليه وسلم، فتوجه إلى الكافر، فقال: «اللهم اهده»، فتوجه إلى المسلم، فقضى له به. وفي لفظ لأحمد: في ولد صغير.

وقيل: إن بئر أبي عتبة لا يمكن الصغير الاستسقاء منها.

قال أصحابنا: وليس للأب أن يأخذ الصغير من أمه، ويسافر به قبل بلوغ الحد الذي يجوز له أخذه فيه.

وعند الشافعي: له ذلك.

قوله: (وَمَنْ سِوَى الأُمِّ وَالْجَدَّةِ أَحَقُّ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى)؛ لأن حق هؤلاء لا يستحق بالولادة، وإنما يثبت لهم ما دام الصغير يحتاج إلى الحضانة، فإذا استغنى عنها زال ذلك المعنى.

قوله: (وَالأَمَةُ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلاَهَا وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا أُعْتِقَتْ فَهِيَ فِي الْوَلَدِ كَالْحُرَّةِ) يعني في الحضانة.

قوله: (وَلَيْسَ لِلأَمَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ الْعِتْقِ حَقٌّ فِي الْوَلَدِ)؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية، ولا حق للإماء في الولاية، ولأن منافعهما على ملك المولى، وبالاشتغال بالحضانة تنقطع خدمة المولى، ثم المولى إذا أعتق أم ولده، ولها منه ولد، فهي أولى بحضانته.

قوله: (وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مِنْ زَوْجِهَا الْمُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلْ الأَدْيَانَ وَيُخَافُ عَلَيْهِ أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ) سواء كان الولد ذكراً، أو أنثى.

وصورته: أن يسلم الزوج، فتقع الفرقة بينهما، وكل واحد منهما يريد أن يكون الولد عنده، فهي أحق به ما لم يعقل الأديان؛ لأنه متى عقل عودته أخلاق الكفر، وفي ذلك ضرر عليه.

قوله: (وَإِذَا أَرَادَتْ الْمُطَلَّقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِنْ الْمِصْرِ فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ إِلاَّ أَنْ تُخْرِجَهُ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ)؛ لأن الرجل إذا تزوج في بلد، فالظاهر أنه يقيم فيه، فقد التزم لها المقام في بلدها، وإذا أرادت أن تنقله إلى بلدها، وقد وقع النكاح في غيره، فليس لها ذلك؛ لأنه لم يلتزم المقام في بلدها، فلا يجوز لها التفريق بينه وبين ولده من غير التزامه، ولا يجوز لها أيضاً أن تنقله إلى البلد الذي تزوجها فيه؛ لأنه دار غربة هذا كله إذا كان بين البلدين تفاوت. أما إذا تقاربا بحيث يمكن الأب أن يطلع على ولده ويبيت في بيته، فلا بأس به.

قوله: (وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ) ويعتبر فيهم الفقر ولا تعتبر الزمانة وسواء كانت الأجداد والجدات من قبل الأب، أو من قبل الأم، فإن كان الابن فقيراً والأب فقيراً، إلا أنه صحيح البدن لم يجبر الابن على نفقته، إلا أن يكون الأب زمناً لا يقدر على الكسب، فإنه يشارك الابن

في نفقته.

وأما الأم إذا كانت فقيرة، فإنه يلزم الابن نفقتها، وإن كان معسراً، وهي غير زمنة؛ لأنها لا تقدر على الكسب، وإذا كان الابن يقدر على نفقة أحد أبويه، ولا يقدر عليهما جميعاً، فالأم أحق؛ لأنها لا تقدر على الكسب.

وقال بعضهم: الأب أحق؛ لأنه هو الذي يجب عليه نفقة الابن في صغره دون الأم.

وقيل: يقسمها بينهما، وإن كان للرجل أب وابن صغير، وهو لا يقدر إلا على نفقة أحدهما، فالابن أحق.

وقيل: يجعل بينهما، وإن كان له أبوان، وهو لا يقدر على نفقة أحد منهما، فإنهما يأكلان معه ما أكل، وإن احتاج الأب إلى زوجة والابن موسر وجب عليه أن يزوجه، أو يشتري له جارية ويلزمه نفقتها وكسوتها كما يجب نفقة الأب وكسوته، فإن كان للأب أم ولد لزم الابن نفقتها أيضاً. وإن كان للأب زوجتان، أو أكثر لم يلزم الابن إلا نفقة واحدة ويدفعها إلى الأب، وهو يوزعها عليهن.

وقوله: «وإن خالفوه في دينه»: يعني إذا كانا ذميين. أما إذا كانا حربيين لا يجب، وإن كانا مستأمنين؛ لأنه منهي عن بر من يقاتلنا في الدين.

قوله: (وَلاَ تَجِبُ نَفَقَةٌ مَعَ اخْتِلاَفِ الدِّينِ إلاَّ لِلزَّوْجَةِ وَالأَبَوَيْنِ وَالأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَالْوَلَدِ وَوَلَدِ الْوَلَدِ) ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم، ولا على المسلم نفقة أخيه النصراني؛ لأن النفقة متعلقة بالإرث، قال الله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ [1]، بخلاف العتق عند الملك؛ لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية قال عليه السلام: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[2].

قوله: (وَلاَ يُشَارِكُ الْوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ) مثل أن يكون له أب غني وابن غني فنفقته على الابن دون الأب؛ لأن مال الابن مضاف إلى الأب قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[3]، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية، وهو الصحيح؛

---

(1) سورة البقرة: 233.

(2) قال الزيلعي في نصب الراية (278/3): قال عليه السلام: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه».
قلت: أخرجه النسائي في «سننه» عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من ملك ذا رحم عتق» انتهى. قال النسائي: هذا حديث منكر، ولا نعلم أحداً رواه عن سفيان غير ضمرة بن ربيعة الرملي، انتهى.

(3) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب البيوع (باب: الرجل يأكل من مال ولده).

لأن المعنى يشملهما، ولو كان له ابن وابن ابن فنفقته على الابن؛ لأنه أقرب وإن كان الابن صغيراً، أو مجنوناً، فنفقة هؤلاء تقدر في ماله.

قوله: (وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا، أَوْ كَانَتْ امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً، أَوْ كَانَ ذَكَرًا زَمِنًا، أَوْ أَعْمَى فَقِيرًا، أَوْ مَجْنُونًا فَقِيرًا، فَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ). وقال الشافعي: لا تجب النفقة إلا للوالدين والأولاد، ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى لتحقق العجز عن الكسب بخلاف الأبوين؛ لأنه يلحقهما تعب الكسب والابن مأمور بدفع الضرر عنهما، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب، ولا تجب نفقة ذوي الأرحام إلا على الغني؛ لأنها صلة، فإذا كان فقيراً، فهو غير قادر على صلة الرحم.

واختلفوا في حد الغني في ذلك؟

فقال أبو يوسف: هو مقدر بالنصاب.

وقال محمد: بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً، ولا معنى لاعتبار النصاب؛ لأن ذلك معتبر في حقوق الله المالية، وهذا حق آدمي، فلا يعتبر فيه النصاب، وإنما يعتبر فيه الإمكان.

قوله: (فَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ) كما إذا كان له جد وابن ابن، فعلى الجد سدس النفقة، والباقي على ابن الابن، وإن كان له أم وأخ أو أم وعم، فعلى الأم الثلث، والباقي على الأخ إذا كان لأب وأم أو لأب، ولو كان للرجل ثلاثة إخوة متفرقون، وله ابن صغير معسر، أو كبير زمن فنفقته على أخيه من أبيه وأمه، وعلى أخيه من أمه أسداساً ونفقة الولد على الأخ من الأب والأم خاصة، ولو كان الأب معسراً زمناً وله ابن صغير وله أخ موسر فرضت نفقته على عمه، وإذا كان الرجل معسراً وله زوجة وللزوجة أخ موسر أجبر أخوها على نفقتها، ويكون ذلك ديناً على الزوج يتبعه به إذا أيسر؛ لأن الزوج لا يشاركه في نفقة زوجته أحد، ولو كان للرجل عم وخال فالنفقة على العم؛ لأنه وارث وإن كان له خال وابن عم، فالنفقة على الخال؛ لأنه ذو رحم محرم، ولو كان له عمة وخالة وابن عم، فعلى الخالة الثلث، وعلى العمة الثلثان؛ لأن رحم ابن العم غير كامل، وإذا كان له ثلاث أخوات متفرقات وابن عم، فالنفقة على الأخوات أخماساً على قدر الميراث، ولو كان له إخوة متفرقون، فالنفقة على الأخ من الأب والأم وعلى الأخ من الأم أسداساً؛ لأن الأخ من الأب لا يرث معهما.

قوله: (وَتَجِبُ نَفَقَةُ الابْنِ الزَّمِنِ وَالابْنَةِ الْبَالِغَةِ عَلَى الأَبَوَيْنِ ثَلاثًا عَلَى الأَبِ

الثُّلُثَانِ وَعَلَى الأُمِّ الثُّلُثُ) اعتباراً للميراث. وهذه رواية الخصاف، وفي ظاهر الرواية: كل النفقة على الأب.

قوله: (وَلاَ تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلاَفِ الدِّينِ) لبطلان أهلية الإرث. والضمير في نفقتهم راجع إلى غير الابنة البالغة والابن الزمن، كذا في المستصفى، يدل عليه ما ذكر في شرح القدوري، ويجبر الكافر على نفقة ابنته المسلمة، ويجبر المسلم على نفقة ابنته النصرانية.

ووجهه: أن هذا لرحم متأكد، فتجب صلته مع اختلاف الدين.

قوله: (وَلاَ تَجِبُ عَلَى فَقِيرٍ)؛ لأنها تجب صلة، والفقير يستحقها على غيره، فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة والولد الصغير؟

وقد قالوا: إن العبد لا تجب عليه نفقة ولده الحر؛ لأنه لا ولاية له عليه ولا يد؛ ولأن إكسابه لمولاه، وكذا لا تجب على الحر نفقة ولده المملوك؛ لأنه ملك الغير.

قوله: (وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ) ولا ينفق من مال الغائب، إلا على الأبوين والزوجة والولد الصغير وللأب أن ينفق على نفسه من مال الابن الغائب إذا كان محتاجاً؛ لأن له شبهة ملك في ماله.

قوله: (فَإِنْ بَاعَ أَبَوَاهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِمَا جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وإنما يتولى البيع الأب دون الأم. أما الأم إذا انفردت لا تتولاه.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيع الأب؛ لأنه لا ولاية له عليه لانقطاعها بالبلوغ.

وقد قال محمد: إن القاضي لا يبيع للأب العروض، ولكن لا يتعرض عليه في بيعها.

قوله: (وَإِنْ بَاعَ الْعَقَارَ لَمْ يَجُزْ) يعني بالإجماع.

قوله: (وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيْهِ فَأَنْفَقَا مِنْهُ لَمْ يَضْمَنَا)؛ لأنهما استوفيا حقهما.

قوله: (فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِمَا مِنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي ضَمِنَ)؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية، فلزمه الضمان.

قوله: (وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لِلْوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وَذَوِي الأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ)؛ لأن نفقتهم تجب كفاية للحاجة، حتى لا تجب مع اليسار، وقد حصلت الكفاية بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها؛ لأنها تجب مع يسارها، فلا تسقط.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَأْذَنَ الْقَاضِي فِي الاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ)؛ لأن للقاضي ولاية عليه، فصار إذنه كأمر الغائب، فيصير ديناً في ذمته، فلا تسقط بمضي المدة وكان لهم الرجوع به.

ولو أن عبداً صغيراً أعتقه مولاه، ولا شيء له، فإنه ينفق عليه من بيت المال؛ لأنه ليس له قرابة أغنياء.

قوله: (وَعَلَى الْمَوْلَى أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ) لقوله عليه الصلاة والسلام في المماليك: «إنهم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله»[1]، وسواء في ذلك القن والمدبر وأم الولد صغيراً كان أو كبيراً مرهوناً، أو مؤجراً.

ويجب على المولى شراء الماء للطهارة لرقيقه، ولا تجب نفقة المكاتب على سيده.

وإذا كان للرجل عبيد استحب له أن يسوي بينهم في الطعام والإدام والكسوة، وتكون من غالب قوت البلد وإدامه وإذا ولدت أمته منه، فله أن يجبرها على إرضاع الولد بخلاف الزوجة؛ لأن لبنها ومنافعها له فإن أراد أن يسلم الولد إلى غيرها، وأرادت هي إرضاعه فله ذلك؛ لأنها ملكه، وقد يريد الاستمتاع بها، أو خدمتها.

وقيل: ليس له ذلك؛ لأن فيه تفريقاً بينهما وبين ولدها.

قوله: (فَإِنْ امْتَنَعَ وَكَانَ لَهُمَا كَسْبٌ اكْتَسَبَا وَأَنْفَقَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا)؛ لأن فيه نظراً للجانبين بقاء المملوك حيّاً وبقاء ملك المالك له، وإن لم يف كسبهما بنفقتهما، فالباقي على المول،ى وإذا امتنع المولى من الإنفاق على العبد، فللعبد أن يأخذ بيده من مال المولى، ويأكل إذا لم يكن مكتسباً، فإن كان مكتسباً ليس له ذلك، كذا في المحيط، وإن كان العبد مشتركاً، فامتنع أحدهما أنفق الثاني ورجع عليه.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى نَفَقَتِهِمَا أَوْ بَيْعِهِمَا) وذلك بأن يكون العبد زمناً، والجارية لا يؤجر مثلها؛ لأن في بيعهما إيفاء حقهما وحق المولى بالعوض، ولا يجوز للمولى تكليف العبد ما لا يطيق من العمل.

ويستحب إذا استخدمه نهاراً أن يتركه ليلاً، وكذا بالعكس.

ويستحب أن يأذن له بالقيلولة في أيام الصيف إذا أعيا على ما جرت به العادة، وعلى العبد بذل المجهود في الخدمة والنصيحة وترك الكسل.

ومن ملك بهيمة لزمه علفها وسقيها، فإن امتنع من ذلك لم يجبر عليه؛ لأنها ليست

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأيمان (باب: إطعام المملوك مما يأكل) بلفظ: «هم إخوانكم، جعلهم الله تحت أيديكم، أطعموهم مما تأكلون، وألبسوهم مما تلبسون».

من أهل الاستحقاق، ولا يجبر على بيعها إلا أنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى على طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إما بالإنفاق، وإما بالبيع؛ لأن في ترك الإنفاق تعذيباً لها وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تعذيب الحيوان[1].

وعن أبي يوسف: أنه يجبر على الإنفاق عليها، والأول أصح.

ويكره الاستقصاء في حلب البهيمة إذا كان ذلك يضر بها لقلة العلف. ويكره ترك الحلب أيضاً؛ لأنه يضر بالبهيمة.

ويستحب أن يقص الحالب أظفاره، لئلا يؤذيها.

ويستحب أن لا يأخذ من لبنها إلا ما فضل عن ولدها ما دام لا يأكل غيره.

ويكره تكليف الدابة ما لا تطيقه من تثقيل الحمل وإدامة السير وغيره، وكذا إذا كان له نحل.

ويستحب أن يبقي لها في كوراتها شيئاً من العسل.

ويستحب أن يكون ذلك في الشتاء أكثر؛ لأنه يتعذر عليها الخروج في أيام الشتاء، وإن قام شيء بغذائها مقام العسل لم يتعين عليه إبقاء العسل، ولو كانت الدابة بين شريكين، فامتنع أحدهما من الإنفاق عليها أجبر على ذلك.

مسألة: قال في الواقعات: رجل طلق امرأته طلاقاً بائناً، فجاء رجل إليها، وهي في العدة وقال لها: أنا أنفق عليك ما دمت في العدة بشرط أن أتزوجك إذا انقضت عدتك فرضيت، فأنفق عليها حتى مضت عدتها، ثم أبت أن تتزوج به، فله أن يرجع عليها بما أنفق؛ لأنه أنفق بشرط فاسد، وهذا إذا أنفق عليها بهذا الشرط. أما إذا أنفق عليها ولم يشرط عليها التزويج، لكن علمت به عرفاً أنه أنفق لذلك، فالصحيح أنه لا يرجع عليها بشيء؛ لأنه متبرع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(1) وقال: «لا تعذبوا خلق الله»، أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الأدب (باب: في حق المملوك).

كتاب العتق

العتق في اللغة: هو القوة؛ لأنه إزالة الضعف، وهو الرق[1]، وإثبات القوة الحكمية وهي الحرية، وإنما كانت الحرية قوة حكمية؛ لأن بها يظهر سلطان المالكية، ونفاذ الولاية، والشهادة؛ إذ المملوك لا يقدر على شيء من هذا، قال الله تعالى: ﴿عَبۡدٗا مَّمۡلُوكٗا لَّا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٖ﴾[2].

وفي الشرع: عبارة عن إسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه يصير به من الأحرار.

والإعتاق مندوب إليه، قال عليه الصلاة والسلام: «أيما مؤمن أعتق مؤمناً في الدنيا أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار»[3]؛ ولهذا استحسنوا أن يعتق الرجل العبد، والمرأة الأمة لتحقق مقابلة الأعضاء.

وعن أبي ذر قال: قلت يا رسول الله أي الرقاب خير قال: «أعلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها»[4].

قوله رحمه الله: (الْعِتْقُ يَصِحُّ مِنْ الْحُرِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ) في ملكه بشرط الحرية؛ لأن العتق لا يصح، إلا في الملك ولا ملك للمملوك.

---

(1) الرقيق خمسة أنواع:

أولها: الرقيق الكامل الرق ويسمى قِنّاً.

وثانيها: المبعَّض، وهو الذي بعضُه حر وبعضه رقيق.

وثالثها: المكاتَبُ، وهو العبد الذي يتعاقد معه سيده على أنه إذا أدى له قدراً مُعَيَّناً من المال صار حُرّاً. وحكمه: أنه يبقى على الرق حتى يؤدي جميع ما اتفق مع سيده على أدائه من المال.

رابعها: المدَبَّرُ، وهو الذي عَلَّقَ سيده عِتْقَه على موته، بأن قال له: أنت حر بعد موتي، أو قال له: إذا متُّ قبلك فأنت حر، وما أشبه ذلك. وحكمه: أنه يبقى على الرق التام مدة حياة سيده، فإذا مات سيده صار حراً بشرط ألا تزيد قيمته على ثلث مال سيده.

وخامسها: أم الولد، وهي الجارية التي يطؤها سيدها بملك اليمين فتلد منه. ومن أحكامها: أنها تبقى على ملك سيدها حتى يموت؛ فإذا مات سيدها صارت حرةً سواء أكانت قيمتها أقل من ثلث تركة سيدها أم مساوية له أم أكثر منه...

انظر: أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية لمحمد محيي الدين عبد الحميد، (ص 38-39).

(2) سورة النحل: 75.

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (85/2): حديث: «أيما مسلم أعتق مسلماً أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار»، متفق عليه من حديث أبي هريرة. وأخرجه الأربعة، وأبو داود من حديث كعب بن مرة، والترمذي من حديث أبي أمامة.

(4) أخرجه علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنـــز العمال (542/10).

وشرط البلوغ؛ لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضرراً ظاهراً؛ ولهذا لا يملكه الولي عليه.

وشرط العقل؛ لأن المجنون ليس من أهل التصرف، وكذا إذا قال الصبي: كل مملوك أملكه حر إذا احتلمت لا يصح؛ لأنه ليس بأهل لقول ملزم؛ وإنما شرط أن يكون في ملكه لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»[1].

قوله: (**وَإِذَا قَالَ لِعَبْده أَوْ لأَمَته أَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتِيقٌ، أَوْ مُعْتَقٌ، أَوْ مُحَرَّرٌ، أَوْ قَدْ حَرَّرْتُك، أَوْ أَعْتَقْتُك فَقَدْ عَتَقَ نَوَى الْمَوْلَى الْعِتْقَ، أَوْ لَمْ يَنْوِ**)؛ لأن هذه الألفاظ صريح فيه، فأغنى عن نيته.

قال في الكرخي: الصريح على ثلاثة أضرب:

1 - إخبار: كقوله: قد أعتقتك، أو حررتك.

2- وصفة: كقوله: أنت حر، أو عتيق.

3- ونداء: كقوله: يا حر يا عتيق يا معتق.

فإن قال: نويت أنه حر من العمل، أو نويت الكذب لم يصدق في القضاء ويصدق ديانة. وإن قال: يا حر، واسمه حر لم يعتق؛ لأن مراده الاستحضار باسم علمه، ولو زاحمته امرأة في الطريق، فقال: تأخري يا حرة، فبانت أمته لا تعتق، ولو قال: لعبده قل لمن استقبلك: أنا حر، فقال العبد ذلك: عتق، إلا إذا قال لك سميتك حراً حينئذ لا يعتق.

قال أبو الليث: هذا في القضاء. أما فيما بينه وبين الله لا يعتق في الوجهين إذا أراد به الكذب، ولو قال لمن لا يحسن العربية: قل لعبدك: أنت حر، فقال ذلك: وهو لا يعلم أنه عتق عتق في القضاء، ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، وكذا في الطلاق.

ولو أراد الرجل أن يقول: شيئاً، فجرى على لسانه العتق عتق.

ولو قال العبد لمولاه وهو مريض: أنا حر؟ فحرك رأسه أي نعم، لا يعتق. وإن قال لعبده: نسبك حر، أو أصلك حر إن كان يعلم أنه مسبي لا يعتق، وإن لم يكن مسبيا عتق.

وفي الواقعات: لا يعتق من غير فصل، وإن قال: أنت حر، أو قال لزوجته: أنت طالق، فتهجى ذلك إن نوى به الطلاق، والعتق وقع، وإلا فلا ولم يجعلوه صريحاً.

قوله: (**وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: رَأْسُك حُرٌّ، أَوْ وَجْهُك، أَوْ رَقَبَتُك، أَوْ بَدَنُك**)؛ لأن

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (85/2): حديث: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» أبو داود، والترمذي، من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وزاد: «ولا طلاق ولا نذر». وفي الباب عن ابن عباس عند الدارقطني، وعن جابر عند أبي يعلى وابن مردويه.

هذه الأشياء يعبر بها عن جميع البدن. وإن قال: رأسك رأس حر، أو وجهك وجه حر، أو بدنك بدن حر بالإضافة لا يعتق، وكذا إذا قال: مثل رأس حر، أو مثل وجه حر، أو مثل بدن حر لا يعتق. وإن قال: رأسك رأس حر، أو وجهك وجه حر، أو بدنك بدن حر بالتنوين عتق؛ لأن هذا وصف وليس بتشبيه، وكذا إذا قال: فرجك فرج حر بالتنوين عتقت لما ذكرنا.

قوله: (وَكَذَا إِذَا قَالَ لأَمَتِهِ فَرْجُكِ حُرٌّ) عتقت؛ لأن الفرج يعبر به عن الجملة، وفي الدبر، والاست روايتان، والصحيح: لا تعتق. وإن قال لعبده: ذكرك حر، أو فرجك حر، فالصحيح: لا يعتق، وفي الدم روايتان أصحهما: العتق. وإن أضاف العتق إلى عضو لا يعبر به عن جميع البدن لا يعتق مثل يدك حر، أو رجلك، أو ساقك، أو فخذك، أو شعرك لم يعتق وإن نوى.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: لاَ مِلْكَ لِي عَلَيْك وَنَوَى بِهِ الْحُرِّيَّةَ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يَعْتِقْ وَكَذَلِكَ كِنَايَاتُ الْعِتْقِ) مثل خرجت من ملكي، ولا سبيل لي عليك، ولا رق لي عليك وخليت سبيلك؛ لأن كل لفظ من هذا يحتمل وجهين، فقوله: خرجت من ملكي يحتمل بالبيع وبالعتق، ولا سبيل لي عليك، لأنك وفيت بالخدمة، فلا سبيل لي عليك باللوم، والعقوبة ويحتمل، لأنك معتق، وكذا إذا قال لأمته: قد أطلقتك، ونوى العتق عتقت؛ لأن الإطلاق يقتضي زوال اليد، وقد نزل يده عنها بالعتق وغيره، وهو مثل خليت سبيلك، ولو قال لها: طلقتك، ونوى العتق لم تعتق؛ لأن الطلاق لا يزيل اليد، وإنما يقتضي التحريم، والرق يجتمع مع التحريم؛ لأنه قد يشتري أخته من الرضاعة، أو جارية قد وطئ أمها، أو بنتها فلم يكن التحريم دلالة على العتق، وإن قال: فرجك علي حرام يريد العتق لم تعتق لما ذكرنا.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: لاَ سُلْطَانَ لِي عَلَيْك وَنَوَى الْعِتْقَ لَمْ يَعْتِقْ)؛ لأن السلطان عبارة عن اليد، وسمي السلطان به لقيام يده، وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب، فكأنه قال: لا يد لي عليك بخلاف ما إذا قال: لا سبيل عليك، ونوى به العتق أنه يعتق؛ لأن نفيه مطلقاً، إنما يكون بانتفاء الملك. ألا ترى أن للمولى على المكاتب سبيلاً، فلهذا يحتمل العتق، وإن قال: لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء عتق في القضاء ولم يصدق على صرفه عن العتق؛ لأنه لما نفى السبيل عنه وأثبت الولاء، والولاء يقتضي الحرية علم أنه أراد ذلك، فلا يصدق على غيره.

وقيل: يدين في القضاء.

قال في الواقعات: إذا قال: عتقك علي واجب لا يعتق.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: هَذَا ابْنِي وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ عَتَقَ﴾ وكذا إذا قال لأمته: هذه بنتي، أو أمي، أو قال لعبده: هذا أبي، أو عمي، أو خالي، فهذه الألفاظ يقع بها العتق، ولا تحتاج إلى النية، فإن قال: نويت به الكذب صدق ديانة لا قضاء.

وقوله: «وثبت على ذلك»: معناه إذا كان يولد مثله لمثله، ثم إذا لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه ويعتق وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه، ويعتق.

وقيل معنى قوله: «وثبت على ذلك»: أي لم يقل إن شاء الله متصلاً.

وقيل: احترز بذلك عن من لا يولد.

ولو قال لعبده: هذا أبي ومثله لا يولد لمثله عتق عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يعتق.

ولو قال لعبد غيره: هذا ابني من الزنا، ثم اشتراه عتق عليه، ولا يثبت نسبه.

ولو اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه، فإن كان الأخ للأم عتق.

ولو اشترى المملوك ولده لا يعتق عليه، فإن اشترى ذا رحم محرم من سيده عتق، فإن كان على العبد دين مستغرق، فاشترى ابن مولاه لم يعتق عند أبي حنيفة، ويعتق عندهما.

فأما المكاتب إذا اشترى ابن مولاه لم يعتق إجماعاً، فإن اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق إجماعاً.

وإن قال لعبده: هذا ابنتي، قيل: يعتق عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يعتق.

وقيل: لا يعتق إجماعاً.

قوله: ﴿أَوْ هَذَا مَوْلاَيَ أَوْ يَا مَوْلاَيَ عَتَقَ﴾ وكذا إذا قال لأمته: هذه مولاتي، وإن قال: عنيت به الكذب صدق ديانة لا قضاء.

ثم في قوله: «هذا مولاي»: لا يحتاج إلى نية؛ لأنه التحق بالصريح؛ وكذا: «يا مولاي»؛ لأن النداء بالصريح لا يحتاج إلى النية، كقوله: يا حر، ويا عتيق.

ثم الحرية لا تقع بالنداء إلا في ثلاثة ألفاظ:

1 - يا حر.

2- يا عتيق.

3- يا مولاي.

فإن قال: يا سيدي يا مالكي لا يعتق.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ﴾؛ لأن هذا اللفظ في العادة يستعمل

للإكرام، والشفقة ولا يراد به إلا تحقيق، وإن قال: يا ابن بالضم لم يعتق؛ لأنه كما أخبر، فإنه ابن أبيه.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لِغُلَامٍ لَهُ لاَ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ هَذَا ابْنِي عَتَقَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وعندهما: لا يعتق.

والكلام في قوله: هذا أبي، أو جدي، أو هذه أمي، كالكلام في قوله: «هذا ابني»: على الخلاف. وأما إذا كان يولد مثله لمثله إلا أنه معروف النسب، فإنه يعتق إجماعاً، ولم يثبت النسب. أما وقوع العتق، فإنه أقر بما لا يستحيل منه؛ لأنه يحتمل أن يكون مخلوقاً من مائه بأن وطئ بزنا، أو بشبهة. وإنما لم يثبت نسبه؛ لأنه مستحق لمن هو منسوب إليه، وإن كان مثله يولد لمثله، ولا يعرف له نسب عتق عليه، ويثبت نسبه منه؛ لأنه أقر بممكن على نفسه، وهو الخصم فيه فقبل إقراره.

وقولنا: «وهو الخصم فيه»: احتراز عما إذا قال: هذا أخي، وإذا قال لعبده: وهو صبي، هذا جدي، فهو على الخلاف.

وقيل: لا يعتق إجماعاً؛ لأن هذا الكلام موجب له في الملك إلا بواسطة، وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه، فتعذر أن يجعل مجازاً عن الواجب بخلاف الأبوة، والبنوة؛ لأن لهما موجباً في الملك من غير واسطة.

ولو قال: هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية، عن أبي حنيفة: يعتق.

ولو قال لعبده: هذه بنتي؟

قيل: هو على الخلاف.

وقيل: لا يعتق بالإجماع؛ لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى، فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم، فلا يعتبر، كذا في الهداية.

ولو قال لعبده: أنت حرة، أو قال لأمته: أنت حر عتق، كذا في الواقعات.

ولو قال لامرأته، وهي معروفة النسب، وهي تولد لمثله، أو أكبر سنّاً منه: هذه بنتي لم تقع الفرقة بذلك، كذا في شرح المنار.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ يَنْوِي الْحُرِّيَّةَ لَمْ تَعْتِقْ)؛ لأن الطلاق صريح في بابه، فلم يقع به العتق، وإن نواه كما لو قال: أنت علي كظهر أمي، ونوى به العتق لم تعتق، وكذا لو قال: أنت بائن، أو تخمري، ونوى به العتق لم تعتق؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأن الإعتاق لغة: إثبات القوة، والطلاق: رفع القيد، وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة، فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع، وبالطلاق يرتفع المانع، فتظهر القوة. ولا خفاء أن الأول أقوى؛ لأن ملك اليمين

فوق ملك النكاح، فكان إسقاطه أقوى، واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه، فلهذا امتنع في الإعتاق.

قوله: (وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ مِثْلَ الْحُرِّ لَمْ يَعْتِقْ) يعني، ولو نوى كذا في خزانة الفقه؛ ولأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً، فوقع الشك في الحرية.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: مَا أَنْتَ إِلاَّ حُرٌّ عَتَقَ)؛ لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد للإثبات كما في كلمة الشهادة، وفي إثبات الحرية عتق.

وإن قال: ما أنت إلا مثل الحر لم يعتق، وإن قال: كل مالي حر، وله عبيد لم يعتقوا، وإن قال: عبيد الدنيا كلهم أحرار، ولم ينو عبده، لم يعتق عند أبي يوسف.

وإن قال: أولاد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده إجماعاً، كذا في الواقعات، ولو قال لثوب خاطه مملوكه: هذه خياطة حر لم يعتق؛ لأنه أراد التشبيه.

ولو قال لعبده: إذا شتمتك، فأنت حر، ثم قال له: لا، بارك الله فيك لم يعتق؛ لأن هذا ليس بشتم، بل هو دعاء عليه، ولو جمع بين عبده وبين من لا يقع عليه العتق كالبهيمة، أو الحائط، أو السارية، فقال: عبدي حر وهذا أو قال: أحدكما حر عتق العبد عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يعتق، وإن قال لعبده: أنت حر، أو لا لا يعتق إجماعاً.

وإن قال لعبده وعبد غيره: أحدكما حر لم يعتق عبده إجماعاً، إلا بالنية؛ لأن عبد الغير يوصف بالحرية من جهة مولاه، وقد يجوز أن يكون أوقع حرية موقوفة على إجازة المولى، وكذا إذا جمع بين أمة حية وأمة ميتة، فقال: أنت حرة، أو هذه، أو إحداكما حرة لم تعتق أمته؛ لأن الميتة توصف بالحرية، فيقال: ماتت حرة وماتت أمة، فلا تختص الحرية بأمته، وإن قال لجدار: أنت حر، أو عبدي عتق العبد عند أبي حنيفة؛ لأنه خير نفسه فيهما، فلا فرق بين تقديم العبد، أو الحائط.

ولو جمع بين عبده وبين حر، فقال: أحدكما لا يعتق عبده إلا بالنية، وإن قال لعبده: أنت حر اليوم، أو غداً لا يعتق ما لم يجئ غد. وإن قال: اليوم وغداً عتق اليوم. والفرق: أنه إذا قال: أو غد، فقد أوقع العتق في أحد الوقتين لا فيهما جميعاً. فلو أوقعناه في اليوم كان واقعاً في الوقتين جميعاً؛ لأنه إذا عتق اليوم عتق غداً، ولو قال: اليوم وغداً، فقد أوقعه في الوقتين جميعاً، فإذا وقع في اليوم كان واقعاً في الغد، وإذا وقع في الغد لا يكون واقعاً في اليوم، وإذا قال: أنت حر إذا قدم فلان وفلان لا يعتق ما لم يقدما جميعاً؛ لأن التعليق بالشرط لا ينـــزل إلا عند كماله وكماله آخره.

وإن قال: إذا قدم فلان، أو فلان، فقدم أحدهما عتق؛ لأنه علقه بأحدهما، وقد وجد وإذا قال: أنت حر إذا قدم فلان، أو إذا جاء غد، فإن قدم فلان قبل مجيء الغد

عتق، وإذا جاء غد أو لا، لا يعتق حتى يقدم فلان.

وعن أبي يوسف: أنه يعتق. والأصل فيه: أنه إذا جمع بين فعل ووقت، وأدخل بينهما حرف «أو»، فإن وجد الفعل أولاً يقع، وإن وجد الوقت أولاً لا يقع، حتى يوجد الفعل.

وعن أبي يوسف: يتعلق بأسبقهما وجوداً.

وإذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم وغداً تطلق في اليوم واحدة، ولا تطلق في الغد إلا إذا قال: عنيت في الغد أخرى، ولو قال غداً، واليوم طلقت في اليوم واحدة، وفي الغد أخرى؛ لأن عطف اليوم على الغد لا يصح، فكان ذلك للاستئناف.

قوله: (وَإِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) سواء ملكه بالإرث، أو بالشراء، أو بالهبة، أو بغير ذلك، وسواء كان المالك صغيراً، أو كبيراً، أو مجنوناً؛ لأن عتقهم بالملك، وملك هؤلاء صحيح، وكذا الذمي إذا ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه؛ لأنه من أهل دار الإسلام. وأما إذا ملك الحربي ذا رحم محرم منه في دار الحرب لم يعتق عندهما.

وقال أبو يوسف: يعتق وإن أعتق الحربي عبداً حربياً في دار الحرب لم يعتق عندهما.

وقال أبو يوسف: يعتق، ولو أعتق الحربي عبداً مسلماً، أو ذمياً في دار الحرب عتق إجماعاً.

ولو دخل المسلم دار الحرب، فاشترى عبداً حربياً، فأعتقه هناك لا يعتق عند أبي حنيفة ما لم يخل سبيله.

وعند أبي يوسف: يعتق بالقول، وقول محمد مضطرب.

ولو اشترى المملوك ولده لا يعتق؛ لأنه لا ملك له، فإن اشترى ذا رحم محرم من مولاه عتق؛ لأن المولى ملكه، فإن كان على العبد دين مستغرق، فاشترى ابن مولاه لم يعتق عند أبي حنيفة على أصله أنه لا يملكه ويعتق عندهما؛ لأنه ملكه. فأما المكاتب إذا اشترى ابن مولاه لا يعتق إجماعاً؛ لأن المولى لا يملك أكساب المكاتب.

قوله: (وَإِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ ذَلِكَ الْبَعْضُ وَسَعَى فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَعْتِقُ كُلُّهُ) وصورته أن يقول: نصفك حر، أو ثلثك، أو ربعك، فإنه يعتق ذلك القدر عند أبي حنيفة، ويسعى في الباقي، وعندهما: يعتق كله، ولا سعاية عليه، وإن ذكر جزءاً مجهولاً كما إذا قال: بعضك حر، أو جزء منك حر، فعندهما: يعتق كله، وعند أبي حنيفة: يؤمر بالبيان، وإن قال: سهم منك حر، فإنه يعتق كله عندهما،

وقال أبو حنيفة: يعتق سدسه.

ثم الأصل أن الإعتاق يتجزأ عنده، فيقتصر على ما أعتق، وعندهما: لا يتجزأ، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل؛ لأن الإعتاق إثبات العتق، وهو قوة حكمية، وإثباتها بإزالة ضدها، وهو الرق الذي، هو ضعف حكمي، وهما لا يتجزآن، فصار كالطلاق، والعفو عن القصاص، والاستيلاد.

ولأبي حنيفة: أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك، أو هو إزالة الملك؛ لأن الملك حقه، والرق حق الشرع، وحق التصرف لا يدخل تحت ولاية المتصرف، وهو إزالة حقه لا حق غيره.

قال في المستصفى: الإعتاق عند أبي حنيفة إزالة الملك، وهو عبارة على القدرة على التصرفات، وهو متجزئ ثبوتاً وزوالاً لما عرف في بيع النصف وشراء النصف، لكن يتعلق به حكم لا يتجزأ، وهو العتق وهو غير متجزئ؛ لأنه عبارة عن قوة حكمية يظهر بها سلطان المالكية ونفاذ الولاية، والشهادة، والقوة لا تتجزأ؛ لأنه لا يتصور أن يكون بعض الشخص قوياً، وبعضه ضعيفاً، وهذا كأعضاء الوضوء، فإنها متجزئة، ويتعلق بها إباحة الصلاة، وهي غير مجزئة وكذلك عدد الطلاق للتحريم، فإذا كان كذلك، فبإعتاق البعض لا يثبت شيء من العتق، فلا يزول شيء من الرق؛ لأن سقوط الرق وثبوت العتق حكم بسقوط كل الملك، فإذا سقط بعضه، فقد وجد شطر علة العتق، فلا يكون حراً أصلاً في شهاداته وسائر أحكامه، وإنما هو مكاتب لا يباع، ولا يوهب إلا أنه إذا عجز لا يرد في الرق بخلاف الكتابة المقصودة. وإنما قلنا: إن الإعتاق إزالة الملك قصداً؛ لأن الملك حق العبد، والرق حق الشرع؛ لأن ضرب الرق عليه للمجازاة على الاستنكاف عن السلام، وعن الانقياد، والتعبد لله تعالى، فجوزي على ذلك بضرب الرق عليه، والجزاء حق لله تعالى، والإنسان لا يتمكن من إبطال حق الغير قصداً ويتمكن منه ضمناً ألا ترى أن العبد المشترك إذا أعتق أحدهما نصيب صاحبه لا يجوز، ولو أعتق نصيبه تعدى إلى نصيب صاحبه.

وقال أبو يوسف ومحمد: الإعتاق إثبات العتق، وإزالة الرق كالإعلام إثبات العلم، وإزالة الجهل، وكلاهما غير متجزئ؛ لأن الرق عقوبة، والعقوبة لا يتصور وجوبها على النصف؛ لأن الذنب لا يتصور من النصف دون النصف وما لا يتجزأ إذا أثبت بعضه ثبت كله كالطلاق، فظهر أن الملك متجزئ إجماعاً، والإعتاق مختلف فيه. والاختلاف فيه بناء على أنه إزالة الملك أما إثبات العتق، فعنده إزالة الملك قصداً، والرق ضمناً وتبعاً، وعندهما: إثبات العتق ويزيل الرق قصداً، والملك تبعاً، فأحكم هذا الأصل واحفظه، ففيه

فقه كثير.

وقوله: «عتق ذلك البعض بغير سعاية»، وقوله: «وسعى في بقية قيمته لمولاه»: المستسعى بمنـــزلة المكاتب عند أبي حنيفة، حتى يؤدي السعاية. إما إلى المعتق إذا ضمن، وإما إلى الآخر إذا اختار السعاية؛ لأن الرق باق، وإنما يسعى لتخليص رقبته من الرق كالمكاتب، فلا يرث ولا يورث، ولا تجوز شهادته، ولا يتزوج، وله خيار أن يعتقه؛ لأن المكاتب قابل للإعتاق، إلا أنه يفارق المكاتب من وجه واحد، وهو أنه إذا عجز لا يرد في الرق المعنى الموجب للسعاية وقوع الحرية في جزء منه، وهذا المعنى موجود بعد العجز.

وقال أبو يوسف ومحمد: المستسعى بمنـــزلة حر مديون؛ لأن العتق وقوع في جميعه، وإنما يؤدي دينه مع الحرية، فهو كسائر الأحرار، ثم المستسعى عند أبي حنيفة على ضربين:

1 - كل من يسعى في تخليص رقبته، فهو كالمكاتب.

2- وكل من يسعى في بدل رقبته الذي لزمه بالعتق فهو كالحر في أحكامه، وكالمرهون، والمأذون إذا أعتقا، وعلى المأذون دين، والأمة إذا أعتقها مولاها على أن يتزوجها، فأبت فإنها تسعى في قيمتها وهي حرة.

قوله: (وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ) يعني إذا قال: نصيبي منك حر، أو قال: نصفك حر، أو أنت حر. أما إذا قال: نصيب صاحبي حر لا يعتق إجماعاً.

قوله: (فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ) المعتق إذا كان موسراً، فلشريكه ثلاث خيارات عند أبي حنيفة: إن شاء أعتق كما أعتق شريكه لقيام ملكه في الباقي؛ إذ الإعتاق عنده يتجزأ، أو يكون الولاء بينهما، وإن شاء ضمنه قيمة نصيبه؛ لأنه أتلفه عليه؛ لأنه لا يقدر أن يتصرف فيه بالبيع، والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه ومتى ضمنه فالولاء كله للضامن؛ لأنه عتق على ملكه حين يملكه بالضمان، وإن شاء استسعى العبد؛ لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة، وأي الوجهين اختار الشريك من العتق، أو السعاية الولاء بينهما.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا فَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ) وليس له التضمين، والولاء بينهما في الوجهين.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَيْسَ لَهُ إلاَّ الضَّمَانُ مَعَ الْيَسَارِ أَوْ السِّعَايَةِ مَعَ الإِعْسَارِ)؛ لأن المعتق إذا كان موسراً، فقد وجب له الضمان عليه وليس للذي لم يعتق أن يستسعي العبد مع يسار المعتق عندهما، ثم إذا ضمن المعتق ليس له أن يرجع على العبد عندهما، والولاء للمعتق؛ لأن العتق كله من جهته لعدم التجزؤ عندهما، وإن كان معسراً، فليس له إلا السعاية، والولاء في الوجهين جميعاً على قولهما للمعتق؛ لأن العبد عتق بإعتاقه، وانتقل نصيب شريكه إليه، ويعني بالوجهين موسراً كان أو معسراً. ثم لا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بالإجماع؛ لأنه سعى لفكاك رقبته لا لقضاء دين على المعتق؛ إذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر، فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن الدين، ويرجع على الراهن بذلك؛ لأنه يسعى في رقبة قد فكت، أو يقضي ديناً على الراهن، فلهذا يرجع عليه، ولو كان العبد بين ثلاثة، فأعتق أحدهم نصيبه، ثم أعتق الثاني بعده، فللثالث أن يضمن الأول إذا كان موسراً عند أبي حنيفة، وإن شاء أعتق ليساويه، وإن شاء استسعى العبد وليس له أن يضمن الثاني؛ لأنه ثبت له حق النقل إلى الأول، وذلك النقل يتعلق به حكم الولاء، والولاء لا يلحقه الفسخ، ثم إذا اختار تضمين الأول، فللأول أن يعتق؛ لأن السهم انتقل إليه وإن شاء استسعى العبد؛ لأنه قام مقام المضمن وليس له أن يضمن المعتق الثاني؛ لأن المالك لم يكن له أن يضمنه، وقد قام هذا مقامه، وهذا كله قول أبي حنيفة. أما على أصلهما لما أعتق الأول عتق جميع العبد، فعتق الثاني باطل، ثم معرفة اليسار هو أن يكون المعتق مالكاً لمقدار قيمة ما بقي من العبد قلت، أو كثرت يعني إذا كان له من المال، أو العروض مقدار قيمة نصيب شريكه، فإنه يضمنه وإن كان يملك أقل من ذلك لا يضمنه، وهو المعسر المراد بالخبر؛ لأنه لا يقدر على تخليص العبد، وتعتبر القيمة في الضمان، والسعاية يوم العتق؛ لأن العتق سبب الضمان، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره أيضاً يوم العتق.

قوله: (وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلاَنِ ابْنَ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الأَبِ لاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ) سواء علم الآخر وقت الشراء أنه ابن شريكه، أو لم يعلم في ظاهر الرواية.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا وَرِثَاهُ) يعني يعتق نصيب الأب ولا ضمان عليه.

قوله: (وَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ) وهذا كله عند أبي حنيفة، وعندهما في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً، فإن كان معسراً سعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه سواء علم، أو لم يعلم. وأما في الإرث فلا يضمن قولاً واحداً، وإنما الواجب فيه السعاية لا غير، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة،

أو صدقة، أو وصية، فعنده: لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيئاً، ويسعى العبد في نصيبه، وعندهما: يضمن الذي عتق عليه نصيبه إذا كان موسراً.

وقوله: «وكذلك إذا ورثاه»: صورته: امرأة اشترت ابن زوجها، ثم ماتت عن زوجها، وعن أخيها، وكذا إذا كان للرجلين ابن عم ولابن العم جارية تزوجها أحدهما فولدت ولداً، ثم مات ابن العم عتق نصيب الأب ولا ضمان عليه.

قوله: (**وَإِذَا شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الآخَرِ بِالْحُرِّيَّةِ سَعَى الْعَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ مُوسِرَيْنِ كَانَا أَوْ مُعْسِرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**)؛ لأن كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتقه، وأن له الضمان، أو السعاية وقد تعذر الضمان حيث لم يصدقه صاحبه في ذلك، فبقيت السعاية ولا فرق عنده بين اليسار، والإعسار، وفي السعاية، والولاء لهما جميعاً؛ لأن كلاً منهما يقول: عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي.

قوله: (**وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ فَلاَ سِعَايَةَ وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ سَعَى لَهُمَا**)؛ لأن من أصلهما أن السعاية لا تثبت مع اليسار، فوجود اليسار من كل واحد منهما إبراء للعبد من السعاية.

قوله: (**وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا، وَالآخَرُ مُعْسِرًا سَعَى لِلْمُوسِرِ وَلَمْ يَسْعَ لِلْمُعْسِرِ**)؛ لأن الموسر يقول: لا ضمان لي على شريكي لكونه معسراً ولي السعاية على العبد، فكان له أن يستسعيه. وأما المعسر، فيقول: إن العتق أوجب لي الضمان على شريكي وأسقط السعاية عن العبد، فكان مبرئاً له، ويعتقد وجوب الضمان على شريكه، فلا يصدق على الشريك، ولا يرجع على العبد بالسعاية لإبرائه منها، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما؛ لأن كلاً منهما يحيله على صاحبه، وهو يتبرأ منه، فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على لم إعتاق أحدهما، وهو عند أبي حنيفة: عبد حتى يؤدي ما عليه؟ لأن من أصله أن المستسعى بمنزلة المكاتب، وعندهما: هو حر حين شهد المولبان وتعذر السعاية عندهما لا يمنع الحرية، فإن شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه، ولم يشهد الآخر جاز إقرار الشاهد على نفسه، ولم يجز على صاحبه، ولا ضمان على الشاهد؛ لأنه لم يوقع العتق في نصيبه، وإنما أقر به على غيره. وأما السعاية، فمن أصل أبي حنيفة أنها تثبت مع اليسار، والإعسار في زعم الشاهد أن الشريك، قد أعتقه وأن له الضمان، أو السعاية وقد تعذر الضمان حيث لم يصدقه، فبقيت السعاية. وأما المنكر ففي زعمه أن نصيبه على ملكه، وقد تعذر تصرفه فيه بإقرار شريكه، فكان له أن يستسعي العبد، وهذا كله قول

أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: السعاية لا تثبت مع اليسار، فإن كان المشهود عليه موسراً، فلا سعاية للشاهد على العبد؛ لأنه يزعم أنه عتق بإعتاق شريكه ولا حق له إلا الضمان، فقد أبرأ العبد من السعاية، وإن كان المشهود عليه معسراً، فللشاهد أن يستسعي العبد؛ لأن السعاية تثبت مع الإعسار. وأما المشهود عليه، فيستسعى بكل حال؛ لأن نصيبه على ملكه ولم يعترف بسقوط حقه من السعاية، فكان له ذلك، والولاء بينهما عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: الولاء موقوف؛ لأن الشاهد يزعم أن الولاء لشريكه وشريكه يجحد، فلهذا وقف.

قوله: (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ أَوْ لِلصَّنَمِ عَتَقَ) إلا أنه إذا قال للشيطان أو للصنم كفر، والعياذ بالله سبحانه وتعالى.

قوله: (وَعِتْقُ الْمُكْرَهِ، وَالسَّكْرَانِ وَاقِعٌ) كما في الطلاق، وتجب القيمة على المكره وإن قال لعبده: أنت حر إن شاء الله، أو إن لم يشأ الله، أو بمشيئة الله، أو إلا أن يشاء الله، فإنه لا يعتق، وكذا إذا قال: إذا شاء هذا الحائط، أو إن لم يشأ لم يعتق، ولو قدم المشيئة فقال: إن شاء الله فأنت حر لا يعتق، وإن قال: إن شاء الله أنت حر لا يعتق عندهما.

وقال محمد: يعتق، وإن قال: إن شاء الله وأنت حر يعتق بالإجماع.

قوله: (وَإِذَا قَالَ أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى مِلْكٍ أَوْ شَرْطٍ صَحَّ كَمَا يَصِحُّ فِي الطَّلَاقِ) فالإضافة إلى الشرط مثل: إن دخلت الدار، فأنت حر، أو إن كلمت زيداً، فأنت حر، فإنه يعتق عند وجود الشرط، ويجوز له بيعه وإخراجه عن ملكه في ذلك قبل وجود الشرط؛ لأن تعليق العتق بالشرط لا يزيل ملكه إلا في التدبير خاصة. وإذا قال المكاتب أو العبد: كل مملوك أملكه فيما أستقبل، فهو حر، فعتق، ثم ملك مملوكاً: لا يعتق عند أبي حنيفة، وعندهما: يعتق. وإن قال: إذا أعتقت فملكت عبداً، فهو حر، فأعتق فملك عبدا عتق إجماعاً؛ لأنه أضاف الحرية إلى ملك صحيح، وإذا قال الرجل: كل مملوك أملكه، فهو حر ولا نية له، فهو على كل من يملكه يوم قال هذه المقالة، ولا يعتق من استقبل ملكه بعد ذلك، ولو قال: إذا اشتريت مملوكين، فهما حران، فاشترى أمة حاملاً لم يعتقا.

ولو قال لأمته: كل مملوك لي غيرك حر لم يعتق حملها؛ لأن اسم المملوك لا يتناوله؛ لأنه لا يجب عليه صدقة فطره، فدل على أنه ليس من مماليكه، ولو قال إن عبداً

قال: لله علي عتق نسمة، أو إطعام عشرة مساكين لزمه ذلك بعد الحرية، وإن قال: إن اشتريت هذا العبد، فهو حر، وإن اشتريت هذه الشاة، فهي هدي لم يلزمه ذلك حتى يقول: إن اشتريتها بعد العتق عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يلزمه.

قوله: (وَإِذَا خَرَجَ عَبْدُ الْحَرْبِيِّ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا عَتَقَ)؛ لأنه ملك نفسه، وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء ولا ولاء عليه، بل يكون لعامة المسلمين، وإن خرج العبد ليس مستأمناً، في تجارة بإذن مولاه، فأسلم باعه الإمام وحفظ ثمنه لمولاه؛ لأنا أمناه عليه إلا أنه لا يجوز تبقيته على ملك الكافر لما يلحقه من مذلة استرقاق الكافر له، ولو كان مولاه حاضراً أجبر على بيعه، فإذا دخل الحربي دارنا بأمان، واشترى عبداً مسلماً، وأدخله دار الحرب عتق عليه عند أبي حنيفة وعندهما: لا يعتق.

قوله: (وَإِذَا أَعْتَقَ جَارِيَةً حَامِلاً عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا)؛ لأنه تابع لها كعضو من أعضائها لاتصاله بها، ولو أن جارية موصى بها لرجل وبحملها الآخر، فأعتق صاحب الجارية الأم عتق الحمل، وضمن قيمته يوم الولادة.

قوله: (وَإِنْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ خَاصَّةً عَتَقَ وَلَمْ تَعْتِقْ الأُمُّ) يعني إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر؛ لأنا تيقنا وجوده وإن جاءت به لأكثر لم يعتق لجواز أن تكون حملت به بعد هذا القول، فلا تعتق بالشك إلا أن تكون الأمة في عدة زوج وجاءت به ما بينها وبين سنتين، فإنه يعتق وإن جاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر لأكثر منها عتقا جميعاً؛ لأنهما حمل واحد، وإذا قال لأمته: إذا ولدت ولداً فهو حر، فإن جاءت به في ملكه عتق، وإن جاءت به بعد زوال ملكه مثل أن تلد بعد موته، أو يبيعها، فتلد في ملك المشتري لا يعتق.

وإن قال لأمته: إذا ولدت ولداً، فهو حر فولدت ولداً ميتاً، ثم ولداً حيّاً، فإن الثاني يعتق عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يعتق؛ لأن شرط اليمين وجود الأول، فانحلت اليمين بوضعه ولا يقع شيء على الثاني، ولأبي حنيفة: أن العتق لما لم يقع إلا على حي واستحال وقوعه على الميت صارت الحياة مشروطة فيه، وإن لم يتلفظ بها.

قال محمد في الأصل: إذا قال: أول عبد يدخل علي، فهو حر، فأدخل عليه عبد ميت، ثم بعده عبد حي عتق الحي، ولم يذكر فيه خلافاً فمن أصحابنا من قال المسألة على الخلاف: فعند أبي حنيفة: يعتق الحي، وعندهما: لا يعتق. ومنهم من قال: ليس فيه خلاف ويعتق الحي وهو الصحيح؛ لأن العبد عبارة عما تعلق به الرق، والرق يبطل

بالموت، فليس هذا بعبد بعد موته على الحقيقة، فيعتق الثاني، وإن قال: إذا ولدت ولداً، فأنت حرة، أو فامرأتي طالق فولدت ولداً ميتاً عتقت وطلقت المرأة.

وكان أبو سعيد البرذعي يقول الولد: الميت ولد في حق غيره، وليس بولد في حق نفسه بدليل أن الأمة تصير به أم ولده وتنقضي به العدة، فلا يرث، ولا يستحق الوصية ووقوع العتق عليه حق، فلم يكن ولداً في حق نفسه، وإن كان ولداً في حق العبد الذي علق عتقه بولادته، ولا يقال: فهلا كان ولداً في حق الثاني، حتى لا يعتق.

قلنا؛ لأنه ليس من حق الثاني أن لا يعتق، وإنما حقه أن يعتق.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لما في بطن هذه، فولدت حيّاً وميتاً كان جميع الوصية للحي.

قال محمد في الجامع الكبير: إذا قال لأمته: إن كان ما في بطنك ذكراً، فأنت حرة، فولدت غلاماً وجارية لا تعتق؛ لأن كلمة «ما» عامة، فتقتضي أن يكون جميع ما في بطنها ذكراً.

قوله: (**وَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْمَالُ وَإِنْ قَالَ: إِنْ أَدَّيْت إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ صَحَّ وَلَزِمَهُ الْمَالُ وَصَارَ مَأْذُونًا**) هذا على وجهين إن قال: أنت حر على ألف، أو بألف، أو على أن تعطيني ألفاً، أو على أن لي عليك ألفاً، أو علي ألف تجيني بها، فقبل العبد في المجلس صح، وعتق في الحال، وعليه ألف دين في ذمته، حتى تصح الكفالة بها بخلاف بدل الكتابة؛ لأنه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق، ولو كان العبد غائباً فبلغه الخبر، فقبل في المجلس، فكذلك وإن قام من المجلس لا يصح قبوله.

وإطلاق لفظ المال يتناول أنواعه من النقد، والعروض، والحيوان وإن كان بغير عينه؛ لأنه معاوضة المال بغير المال، فأشبه النكاح، وكذا المكيل، والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا يضر جهالة الوصف؛ لأنها يسيرة. وأما إذا كثرت الجهالة بأن قالت: أنت حر على ثوب، فقبل عتق وعليه قيمة نفسه.

والوجه الثاني: أن يعلق عتقه بأداء المال، فإنه يصح ويصير مأذوناً مثل أن يقول: إذا أديت إلي ألفاً، فأنت حر، وإذا ما أديت، أو متى أديت، أو حيث أديت، فإنه لا يعتق إلا بالأداء ولا يعتق بنفس القبول؛ لأنه علق عتقه بشرط الأداء، فلا يعتق قبله كما لو علقه بدخول الدار، وإنما صار مأذوناً؛ لأنه رغبة في الاكتساب بطلبه الأداء منه.

قال أصحابنا: وما لم يقبل في المسألة الأولى، ويؤد في الثانية، فهو مملوك، وللمولى أن يبيعه، ولو مات المولى قبل أن يقبل في الأولى، ويؤدي في الثانية بطل ذلك القول، وكان العبد رقيقاً كما إذا قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، فمات قبل أن يدخل.

قوله: ﴿فَإِنْ أَحْضَرَ الْمَالَ أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى قَبْضِهِ وَعَتَقَ الْعَبْدُ﴾ هذا راجع إلى قوله: إذا أديت إلي ألفاً، فأنت حر. أما في قوله: أنت حر على ألف، فيعتق بالقبول قبل أداء المال.

ومعنى الإجبار في هذه المسألة، وفي غيرها: أنه ينــزل قابضاً بالتخلية بحيث يتمكن المولى من قبضه، ولو أدى البعض يجبر المولى على قبضه إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط، فإن أبرأه المولى عن البعض، أو عن الكل لا يبرأ أو لا يعتق بخلاف المكاتب. ولو أدى العبد المال من مال اكتسبه قبل هذا القول عتق، وكان للمولى أن يرجع عليه بمثله؛ لأن شرط العتق وجود الأداء، وقد وجد فعتق به، وإنما رجع عليه بمثله؛ لأن المال الذي اكتسبه قبل العتق مال المولى، فإذا أداه صار كأنه أدى مالاً مغصوباً.

قال في الهداية: الأداء في قوله: «إن أديت» يقتصر على المجلس؛ لأنه تخيير للعبد، فكأنه قال: أنت حر إن شئت، فيقف على المجلس. وفي قوله: «إذا أديت» لا يقتصر على المجلس؛ لأن «إذا» تستعمل للوقت بمنــزلة «متى».

قال في الينابيع: إذا قال: أد إلي ألفاً أنت حر عتق في الحال أدى أو لم يؤد، وإن قال: أنت حر، وعليك ألف عتق في الحال، ولم يلزمه شيء قبل أو لم يقبل عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن قبل: عتق ولزمه الألف، وإن لم يقبل لا يعتق، وإن قال له: أنت حر على أن تخدمني أربع سنين، فقبل عتق ولزمه أن يخدمه أربع سنين، فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة، وعلى العبد قيمة نفسه عندهما.

وقال محمد: عليه قيمة خدمته أربع سنين، وإن كان قد خدمه سنة، ثم مات فعندهما: عليه ثلاثة أرباع قيمة نفسه، وعند محمد: قيمة خدمة ثلاث سنين، وكذا لو مات ترك العبد، وترك مالاً يقضى في ماله بقيمة نفسه لمولاه عندهما، وعند محمد: بقيمة الخدمة.

وأصل المسألة: أن من باع العبد من نفسه بجارية، ثم استحقت، فعندهما: يرجع عليه المولى بقيمة نفسه، وعند محمد: بقيمة الجارية.

ولو قال لعبده: أنت حر وحر إن شاء الله بطل الاستثناء، وعتق العبد عند أبي حنيفة؛ لأن الحرية وقعت باللفظ الأول، والثاني لغو، ففصل بين الحرية، والاستثناء كالسكوت، وعندهما: الاستثناء جائز، ولا يعتق؛ لأنه كلام واحد كما لو قال: أنت حر لله إن شاء الله، ولو كان له ثلاثة أعبد، فقال: أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر عتق كلهم؛ لأن أحدهم عتق باللفظ الأول، ثم أوقع العتق الثاني على عبدين،

فعتق أحدهما ولم يبق إلا واحد، فيعتق باللفظ الثالث، ولو قال أحدكم: حر أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق إلا واحد؛ لأن أحدهم عتق باللفظ الأول، ثم جمع بين حر وعبدين. فقال: أحدكم حر فلم يعتق باللفظ الثاني، والثالث حكم؛ لأنه صادق فيه.

مسألة: رجل له ثلاثة أعبد دخل عليه منهم اثنان، فقال: أحدكما حر، ثم خرج أحدهما وثبت الآخر، ثم دخل الثالث فقال: أحدكما حر وذلك في صحته، فما دام حيًّا يؤمر بالبيان، فإن مات قبل البيان فعندهما: يعتق ثلاثة أرباع الثابت ونصف كل واحد من الآخرين.

وقال محمد: كذلك إلا في الداخل، فإنه يعتق ربعه. أما الخارج، فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت، فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما، فيصيب كلاًّ منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعاً آخر؛ لأن الإيجاب الثاني دائر بينه، وبين الداخل، فيتنصف بينهما إلا أن الثابت، قد كان استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول، فشاع النصف المستحق بالإيجاب الثاني في نصفيه، فما أصاب المستحق بالإيجاب الأول لغا، وما أصاب الفارغ يبقى، فيكون له الربع فتم له ثلاث أرباع؛ ولأنه لو أريد بالإيجاب الثاني عتق نصفه الباقي، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف، فيتنصف فيعتق منه الربع بالإيجاب الثاني، والنصف بالأول وللداخل نصف حرية على اعتبار الأحوال أيضاً؛ لأنه يعتق في حال، ولا يعتق في حال. وأما محمد فيقول: لما دار الإيجاب بين الثابت، والداخل وقد أصاب الثابت منه الربع. فكذا يصيب الداخل، وهما يقولان إنه دائر بينهما وقضيته التنصيف، وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول ولا استحقاق للداخل من قبل، فيثبت فيه النصف، وإن شئت قلت في الاحتجاج لمحمد: أن الإيجاب الثاني دائر بين الصحة، والفساد؛ لأنه إن كان المراد بالإيجاب الأول الخارج صح الإيجاب الثاني؛ لأنه دائر بين عبدين، وإن كان المراد به الثابت لا يصح الإيجاب الثاني؛ لأنه دائر بين عبد وحر، ولو كان صحيحاً لا محالة أفاد حرية رقبة كاملة، وإذا تردد بين الصحة، والفساد يفيد حرية نصف رقبة بينهما، فأصاب الداخل نصف النصف وهو الربع. ألا ترى أنه أصاب الثابت في الإيجاب الثاني الربع بالإجماع، فكذا يصيب الداخل الربع، وإن كان القول منه في المرض ولا مال له غيرهم ضربوه في الثلث بقدر ما استحقوا، ويقسم الثلث على هذا، ومعناه أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما؛ لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى الثلاثة الأرباع، فيضرب الثابت في رقبته بثلاثة وكل واحد من الداخل، والخارج بسهمين، فيعتق من الثابت ثلاثة ومنهما أربعة، والعتق في مرض الموت وصية وينفذ من الثلث، فيكون سهام

الورثة ضعف ذلك، فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون، فيعتق من الثابت ثلاثة، وهي ثلاثة أسباعه ويسعى في أربعة أسباعه، ويعتق من كل واحد من الآخرين سبعاه، ويسعى في خمسة أسباعه، وعند محمد تجعل كل رقبة على ستة؛ لأنه يعتق عنده من الداخل سهم، ومن الثابت ثلاثة ومن الخارج سهمان، فذلك ستة وللورثة مثل ذلك، فيكون جميع المال ثمانية عشر، فتجعل كل رقبة ستة فيضرب الثابت فيها بثلاثة، فيستحق نصف رقبة ويسعى في نصف قيمته، ويستحق الخارج ثلث رقبة، ويسعى في ثلثي قيمته، ويستحق الداخل سدس رقبة، ويسعى في خمسة أسداس قيمته.

قوله: (وَوَلَدُ الأَمَةِ مِنْ مَوْلاَهَا حُرٌّ)؛ لأنه ثابت النسب من المولى، وهذا إذا ادعاه المولى.

قوله: (وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا) لأن الولد تابع للأم وسواء تزوج بها حر أو عبد.

قوله: (وَوَلَدُ الْحُرَّةِ مِنْ الْعَبْدِ حُرٌّ) لأنه تبع لها.

مسائل: إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده، والعبد ينكر لم تقبل الشهادة عند أبي حنيفة، وعندهما: تقبل. ولو كان مكان العبد أمة قبلت الشهادة من غير دعوى إجماعاً، وكذا الشهادة على طلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق. والخلاف بناء على أن العتق يشتمل على حق الله تعالى، وهو حرمة الاسترقاق، وعلى حقوق العبد، وهو مالكيته ودفع القهر عنه لكنهما، قالا: المغلب فيه حق الله تعالى لما فيه من وجوب الزكاة، والأضحية وإقامة الجمعة وغيرها، والشهادة فيما هو من حق الله تقبل بدون الدعوى.

وأبو حنيفة يقول: معظم المقصود من العتق نفع العبد، فلا يقبل بدون الدعوى كما في دعوى الأموال بخلاف طلاق المرأة وعتق الأمة؛ لأنه يتضمن تحريم الفروج وهو حق الشرع.

إذا قال لعبده: إذا دخلت هذه الدار، فأنت حر فباعه، ثم دخلها لا يعتق وانحلت اليمين، فبعد ذلك لو اشتراه ثم دخل لا يعتق، ولو كان بعد البيع لم يدخل حتى اشتراه، ثم دخل عتق، وكذا إذا قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار، فأنت طالق، فطلقها تطليقة، ثم تزوجها، فدخلت طلقت، والله أعلم.

كتاب التدبير

التدبير: هو أن يعلق عتق عبده بموته على الإطلاق، أو يذكر صريح التدبير من غير تقييد مثاله: إن مت، فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي، ويقال: التدبير عبارة عن تعليق المولى عتق عبده بشرط متحقق كائن لا محالة، وهو الموت.

وحكمه: حكم الوصية، ويقع بلفظ الوصية، مثل أن يوصي له برقبته.

قوله رحمه الله: **(إِذَا قَالَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ إِذَا متُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا وَلاَ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ وَلاَ هِبَتُهُ وَلاَ تَمْلِيكُهُ)** لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير؛ لأنها تقتضي إثبات العتق عن دبر، وكذا إذا قال: أنت حر بعد موتي، أو أنت حر مع موتي، أو عند موتي، أو في موتي، وكذا إذا ذكر مكان الموت الوفاة، أو الهلاك، وكذا إذا قال: إن مت، أو متى مت، ثم التدبير على ضربين:

1 - مطلق.

2- ومقيد.

فالمطلق: ما علقه بموته من غير انضمام شيء إليه مثل: دبرتك، أو أنت مدبر، أو أنت حر من دبر مني، أو إن مت، فأنت حر، أو أوصيت لك برقبتك، أو بثلث مالي، فتدخل رقبته فيه.

والمقيد: أن يعلق عتقه بصفة على خطر الوجود، مثل: إن مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا، أو غرقت، أو قتلت.

قال أبو حنيفة: إذا قال: إن مت ودفنت، أو غسلت، أو كفنت، فأنت حر، فليس بمدبر؛ لأنه علقه بموته وبمعنى آخر. والتدبير هو تعليق العتق بالموت على الإطلاق، وإن علقه بموته وموت غيره مثل أن يقول: أنت حر بعد موتي وموت فلان، أو بعد موت فلان وموتي، فإن مات فلان أولاً، فهو مدبر؛ لأنه وجد أحد الشرطين في ملكه، والشرط الثاني موت المولى على الإطلاق، وإن مات المولى أو لا لم يكن مدبراً ولم يعتق؛ لأن الشرط الثاني وجد بعد انتقاله إلى الورثة، فلا يعتق وإن قال: أنت حر قبل موتي بشهر، فليس بمدبر،، فإذا مضى شهر قبل موته وهو في ملكه، فهو مدبر عند أبي حنيفة، وعندهما: ليس بمدبر؛ لأنه لم يعلق الحرية بالموت على الإطلاق، وإن مات قبل مضي الشهر لا يعتق إجماعاً.

وقوله: لا يجوز بيعه، ولا هبته، وكذا لا يجوز رهنه؛ لأن فائدة الرهن الاستيفاء من ثمنه.

قوله: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ)؛ لأن الحرية لا تمنع الاستخدام، والإجارة، فكذا التدبير. والأصل أن كل تصرف يجوز أن يقع في الحر يجوز أن يقع في المدبر كالإجارة، والاستخدام، والوطء في الأمة، وكل تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر إلا الكتابة، فإنه يجوز أن يكاتب المدبر.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطِئَهَا)؛ لأن ملكه قائم فيها.

قوله: (وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا)؛ لأن منافع بعضها على ملكه، فجاز التصرف فيه بأخذ العوض، قالوا له: أن يزوجها بغير رضاها؛ لأن وطأها على ملكه.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ الْمُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ إِنْ خَرَجَ مِنْ الثُّلُثِ)؛ لأن التدبير وصية؛ لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت، ويستوي فيه التدبير المطلق، والمقيد في أنه يعتق من الثلث، وكذا إذا زال ملك المولى عن المدبر بغير الموت، فإنه يعتق مثل أن يرتد ويلحق، فيحكم بلحاقه؛ لأنه كالموت.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُ سَعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ)؛ لأن عتقه من الثلث، فإذا عتق ثلثه سعى في ثلثيه.

قوله: (فَإِنْ كَانَ عَلَى الْوَلِيِّ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ قِيمَتَهُ سَعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ لِغُرَمَائِهِ) يعني في جميع قيمته، قلنا: لتقدم الدين على الوصية، ولا يمكن نقض العتق، فيجب رد قيمته، ولأن التدبير بمنـــزلة الوصية، والدين منع الوصية، إلا أن تدبيره بعد وقوعه لا يلحقه الفسخ، فوجب عليه ضمان قيمته، ومن دبر عبداً بينه وبين آخر، فإن التدبير يتبعض عند أبي حنيفة كالعتق، وعندهما: لا يتبعض كما في العتق عندهما، فإذا ثبت هذا، قال أبو حنيفة: إذا دبره أحدهما، وهو موسر، فلشريكه خمس خيارات إن شاء أعتق وإن شاء دبر، ويكون مدبراً بينهما، فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث وسعى في نصف قيمته للباقي، إلا إذا مات قبل أخذ السعاية حينئذ تبطل السعاية؛ لأنه عتق بموته، وإن شاء ضمن المدبر نصف قيمته إذا كان موسراً، ويكون الولاء كله للمدبر وللمدبر أن يرجع على العبد بما ضمن؛ لأن الشريك كان له أن يستسعيه، فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له، فإن لم يرجع عليه حتى مات المولى عتق نصيبه من ثلث ماله، وسعى العبد في النصف الآخر كاملاً للورثة؛ لأن ذلك النصف كان غير مدبر، وإن شاء استسعى العبد؛ لأن نصيبه على ملكه، وقد تعذر بيعه، فإذا أدى السعاية عتق ذلك النصف، وللمدبر أن يرجع على العبد، فيستسعيه، فإذا أدى عتق كله وإذا مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية، وعتق ذلك النصف من ثلث ماله، وإن شاء تركه على حاله، فإذا مات يكون نصيبه موروثاً لورثته، ويكون لهم الخيار في العتق، والسعاية ونحو ذلك، وإن مات

المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعي العبد في نصف قيمته، والولاء بينهما هذا إذا كان المدبر موسراً، فإن كان معسراً، فللشريك أربع خيارات، ويسقط الضمان إن شاء دبر، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، وإن شاء تركه على حاله. هذا كله قول أبي حنيفة. وعندهما: قد صار العبد كله مدبراً بتدبير أحدهما، وهو ضامن لنصيب شريكه موسراً كان أو معسراً؛ لأن التدبير عندهما لا يتبعض، فقد صار جميعه مدبراً، وانتقل نصيب شريكه إليه فضمن قيمة نصيب صاحبه موسراً كان أو معسراً؛ لأن ضمان النقل لا يختلف اليسار، والإعسار، فإذا مات عتق من الثلث، والولاء كله له.

قوله: (وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ)؛ لأن الولد تابع لأمه، يعتق بعتقها، ويرق برقها.

قوله: (فَإِنْ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ مِثْلِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، أَوْ سَفَرِي هَذَا، أَوْ مِنْ مَرَضِ كَذَا) فليس بمدبر، ويجوز بيعه بخلاف المدبر المطلق.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يَعْتِقُ الْمُدَبَّرُ) يعني من الثلث، وإن جنى المدبر على مولاه إن كان عمداً يجب القصاص؛ لأنه مع مولاه فيما يوجب القصاص كالأجنبي، فعلى هذا إذا قتل مولاه عمداً وجب عليه أن يسعى في جميع قيمته؛ لأن العتق وصية، وهي لا تسلم للقاتل إلا أن فسخ العتق بعد وقوعه لا يصح، فوجب عليه قيمة نفسه، ثم الورثة بالخيار إن شاءوا عجلوا القصاص، وإن شاءوا استوفوا السعاية، ثم قتلوه ولا يكون اختيار السعاية مسقطاً للقصاص؛ لأنها عوض عن الرق لا عوض عن المقتول، وإن قتل مولاه خطأ، فالجناية هدر، وكذا فيما دون النفس إلا أنه يسعى في قيمته؛ لأن العتق وصية ولا وصية لقاتل. وأما جنايته على عبيد مولاه إن كانت عمداً، فللمولى القصاص كذا أحد العبدين إذا قتل الآخر عمداً، وهما لواحد ثبت للمولى القصاص، وإن كانت جناية المدبر على عبيد مولاه خطأ، فهي هدر؛ لأن المولى لا يثبت على مدبره دين، وكذا المولى إذا جنى على مدبره، فجنايته هدر؛ لأنه على ملكه. وأما أم الولد إذا قتلت مولاها، فإنها تعتق؛ لأن القتل موت، فإن كان عمداً اقتص منها، وإن كان خطأ لا شيء عليها من سعاية ولا غيرها؛ لأن عتقها ليس بوصية بخلاف المدبرة، فإنها تعتق من الثلث، وتسعى في جميع قيمتها يعني إذا قتلت مولاها خطأ كان رداً للوصية؛ لأنه لا وصية للقاتل، والله أعلم.

باب الاستيلاد

الاستيلاد: طلب الولد، وهو فرع النسب، فإذا ثبت الأصل ثبت فرعه، فكل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها، أو لبعضها، فهي أم ولد له، وكذا إذا ثبت نسب ولد مملوكة من غير سيدها بنكاح، أو بوطء شبهة، ثم ملكها، فهي أم ولد له من

حين ملكها.

وعند الشافعي: إذا استولدها في ملك غيره، ثم ملكها لم تصر أم ولد له.

قوله رحمه الله: (إِذَا وَلَدَتْ الأَمَةُ مِنْ مَوْلاَهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) سواء كان الولد حيّاً، أو ميتاً، أو سقطاً قد استبان خلقه، أو بعض خلقه إذا أقر به، فهو بمنزلة الولد الحي الكامل الخلق؛ لأن السقط يتعلق به أحكام الولادة بدلالة العدة به، وإذا لم يستبن شيء من خلقه، فإنها لا تكون به أم ولد.

قوله: (لاَ يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلاَ تَمْلِيكُهَا وَلاَ هِبَتُهَا) يعني لا يجوز بيعها من غيرها. أما لو باعها من نفسها جاز وتعتق، وكذا لا يجوز رهنها؛ لأن فائدة الرهن الاستيفاء من رقبتها ببيعها، وذلك لا يصح فيها.

قوله: (وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا)؛ لأن الملك فيها قائم.

قوله: (وَلاَ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلاَّ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ) قال أصحابنا: إذا وطئ أمته، ولم يعزل عنها وحصنها وجاءت بولد لم يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أن ينفيه، ويجب أن يعترف به؛ لأن الظاهر أنه منه، وإن عزل عنها، أو لم يحصنها جاز له نفيه عند أبي حنيفة؛ لأنه يجوز أن يكون منه، ويجوز أن يكون من غيره، فلا يلزمه الاعتراف بالشك.

وعند أبي يوسف: يستحب له أن يدعيه.

وعند محمد: يستحب له أن يعتقها، فإذا مات أعتقها؛ لأنه لما احتمل الوجهين استحب له أن يعتقه لئلا يسترق بالشك، ومن تزوج مملوكة غيره، فأولدها، ثم ملكها صارت أم ولد له لا يجوز بيعها. وأما ولدها الذي يحدث بعد استيلادها في ملك الغير قبل أن يشتريها إذا ملكه، فهو مملوك له يجوز بيعه.

وقال زفر: إذا ملكه صار ابن أم ولد. وأما الولد الذي تجيء به من الغير بعد ملك المولى إياها، فهو ابن أم ولد إجماعاً لا يجوز بيعه.

قوله: (فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ مِنْهُ) معناه بعد الاعتراف بالولد الأول إلا أنه إذا نفاه انتفى بقوله: لأن فراشها ضعيف، حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة، حيث لا ينتفي ولدها بنفيه، إلا باللعان لتأكد فراشها.

قوله: (فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهِيَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ)؛ لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير، والنسب يثبت من الزوج؛ لأن الفراش له، وإن كان النكاح فاسداً، وإن ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه؛ لأنه ثابت النسب من غيره ويعتق به الولد، وتصير أمه أم ولد له لإقراره.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَلاَ يَلْزَمُهَا السِّعَايَةُ لِلْغُرَمَاءِ إِذَا كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ)؛ لأنها ليست بمال متقوم، حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة، فلا يتعلق بها حق الغرماء بخلاف المدبر؛ لأنه مال متقوم بدليل أنه يسعى للورثة، وللغرماء بعد موت مولاه. وأما أم الولد لا قيمة لرقبتها؛ لأنها لا تسعى للورثة؛ ولهذا إذا كانت بين اثنين، فأعتقها أحدهما لم يضمن لشريكه شيئاً، ولم تسع في نصيبه عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

قال في المصفى: قيمة أم الولد عندهما ثلث قيمة القن، وقيمة المدبر ثلث قيمة القن.

وقيل: نصف قيمة القن، وهو اختيار الصدر الشهيد، وعليه الفتوى.

وعند أبي حنيفة: لا قيمة لأم الولد.

قال في الهداية: إذا أسلمت أم ولد النصراني، فعليها أن تسعى في قيمتها، وهي بمنـــزلة المكاتب، حتى تؤدي السعاية.

وقال زفر: تعتق في الحال، والسعاية دين عليها، وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. أما إذا مات مولاها، فإنها تعتق بلا سعاية.

قوله: (وَإِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تصير أم ولد له، ولو زنى بأمة غيره، فولدت منه من الزنا، ثم ملكها الزاني لا تكون أم ولد له؛ لأنه لا نسبة فيه للولد إلى الزاني، وإنما يعتق الولد على الزاني إذا ملكه؛ لأنه جزؤه بخلاف ما إذا اشترى أخاه من الزنا، حيث لا يعتق عليه؛ لأنه جزء غيره.

قوله: (وَإِذَا وَطِئَ الأَبُ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) سواء صدقه الابن، أو كذبه ادعى الأب شبهة، أو لم يدع، وهذا إذا كان الأب حرّاً مسلماً وسكت الابن عن دعوى الولد. أما إذا كان عبداً، أو كافراً، وابنه مسلماً لا يصح دعواه، وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يثبت الاستيلاد من الأب، فإن ادعاه الابن مع أبيه، فالولد للابن، والجارية أم ولد له، كذا في الينابيع.

وذكر الجارية ليبين أنه محل للتمليك، حتى لو كانت أم ولد للابن، أو مدبرته بحيث

لا تنتقل إلى الأب، فدعوته باطلة، ولا يثبت النسب ويلزم الأب العقر، ثم دعوته الأب. إنما تصح بشرط أن تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوى. وأن تكون الولاية ثابتة من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، حتى لو كان كافراً، فأسلم، أو عبداً، فأعتق لا يصح؛ ولهذا لا يصح دعوة الجد مع بقاء الأب؛ لأنه لا ولاية له، ولو خرجت الجارية من ملك الابن، ثم جاءت بولد بعد ذلك بيوم، فادعاه الأب، فدعواه باطلة لزوال الولاية عن مال الابن، وكذا لو كان العلوق في ملك أجنبي، ثم اشتراها الابن، فولدت في ملكه، فادعاه الأب، فإن ذلك لا يجوز.

قوله: (وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا) يعني الأب إذا وطئ جارية ابنه، فعليه قيمتها موسراً كان أو معسراً؛ لأنا نقلناها إليه من ملك الابن، فلا تنتقل إلا بعوض، ويستوي اليسار، والإعسار؛ لأنه ضمان نقل كالبيع، وتجب قيمتها يوم العلوق؛ لأنها انتقلت إليه حينئذ.

قوله: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَلاَ قِيمَةُ وَلَدِهَا) أما عقرها، فلأنا ضمناه قيمتها وهو ضمان الكل وضمان العقر ضمان الجزء، فيدخل الأقل في الأكثر كمن قطع يد رجل فمات. وأما قيمة ولدها، فلأنا نقلنا إليه بالعلوق، فملكها حينئذ، فصار العلوق في ملكه؛ ولأن الولد في ذلك الوقت لا قيمة له، فلم يلزمه ضمانه، والولد حر الأصل لا ولاء عليه؛ لأنه لما ملك الأم بالضمان حصل الولد حادثاً على ملكه، فكأنه استولد جارية نفسه العقر إذا ذكر في الحرائر يراد به مهر المثل، وإذا ذكر في الإماء، فهو عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها، كذا ذكره السرخسي. وأما على قول أبي يوسف: إذا لم يثبت الاستيلاد من الأب، فإنه يجب العقر؛ لأن الوطء في ملك الغير لا يخلو من حسد، أو مهر. وقد سقط الحد للشبهة، فبقي المهر، وعليه قيمة الولد عند أبي يوسف؛ لأنا نقلناه إليه من ملك ولده، فلا بد من إيجاب القيمة ويعتبر قيمته يوم ولد؛ لأن التمليك فيه لا يصح إلا بعد الولادة.

قوله: (فَإِذَا وَطِئَ أَبُ الأَبِ مَعَ بَقَاءِ الأَبِ لَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ)؛ لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْ الْجَدِّ كَمَا يَثْبُتُ مِنْ الأَبِ) لظهور ولايته عند فقد الأب وكفر الأب ورقه بمنزلة موته؛ لأنه قاطع للولاية، حتى لو كان الأب نصرانياً، والجد، والابن مسلمين صحت دعوة الجد؛ لأن النصراني لا ولاية له على ابنه المسلم، فكانت الولاية للجد، فصحت دعوته، والمراد بالجد: أب الأب، أما أب الأم، فلا تقبل دعوته.

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ، كما أن سببه لا يتجزأ، وهو في العلوق؛ إذ الولد الواحد لا يتعلق من ماءين.

قوله: (وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما.

وقال أبو حنيفة: يصير نصيبه أم ولد له، ثم يتملك نصيب صاحبه؛ إذ هو قابل للملك حكماً، ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها؛ لأنه وطئ جارية مشتركة.

قوله: (وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا)؛ لأنه أتلف على شريكه نصيبه بالاستيلاد ويستوي فيها اليسار، والإعسار؛ لأنه ضمان نقل كضمان البيع.

قوله: (وَعَلَيْهِ نِصْفُ عُقْرِهَا)؛ لأن الحد لما سقط للشبهة وجب العقر.

قوله: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا)؛ لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَيَاهُ جَمِيعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) معناه إذا حملت على ملكهما، ولا فرق عند أبي حنيفة بين أن يدعيه اثنان، أو ثلاثة، أو أربعة، أو خمسة، أو أكثر إذا ادعوه معاً.

وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين.

وقال محمد: لا يثبت من أكثر من ثلاثة.

قوله: (وَكَانَتْ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْعُقْرِ قِصَاصًا بِمَالِهِ عَلَى الآخَرِ) لأن كل واحد منهما واطئ لنصيب شريكه، فإذا سقط الحد لزمه العقر، ويكون قصاصاً بماله؛ لأن كل واحد منهما وجب له على صاحبه مثل ما وجب لصاحبه عليه، ولو كان اشترياها، وهي حامل، فولدت فادعياه، فهو ابنهما ولا عقر لأحد منهما على صاحبه؛ لأن وطء كل واحد منهما في غير ملك الآخر، ولو كانت الجارية بين مسلم وذمي فجاءت بولد فادعياه، فالمسلم أولى، وإن كانت بين كتابي ومجوسي، فالكتابي أولى، وإن كانت بين عبد ومكاتب، فالمكاتب أولى، ولو سبق أحدهما بالدعوة، فالسابق أولى كائناً من كان كذا في الينابيع.

قوله: (وَيَرِثُ الابْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ كَامِلٍ)؛ لأنه أقر بميراثه كله.

قوله: (وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ) لاستوائهما في النسب.

مسألة: إذا أقر المولى في صحته أنها أم ولد له صح إقراره وصارت أم ولد له سواء كان معها ولد، أو لم يكن، وإن أقر بذلك في مرض موته، إن كان معها ولد، فكذلك

وإن لم يكن، فهي أم ولده أيضاً إلا أنها تعتق من الثلث كما يعتق المدبر، كذا في الينابيع.

قوله: (وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى جَارِيَةَ مُكَاتبِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَكَانَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا) وعن أبي يوسف: أنه لا يحتاج في صحة دعوته إلى تصديق المكاتب؛ لأن حق المولى في جارية مكاتبه أقوى من حقه في جارية ابنه، فإذا ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق، فهذا أولى.

ولنا: أن المولى لا يملك التصرف في مال مكاتبه، والأب يملك ذلك.

وقيد بـ«جارية مكاتبه» احترازاً عن المكاتبة نفسها، فإنها إذا جاءت بولد، فادعاه ثبت نسبه منه صدقت، أو كذبته ولا عقر عليه إذا كان لستة أشهر من يوم الكتابة، وإن كان لأكثر، فعليه العقر إذا اختارت المضي على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له ولا عقر عليه، وهذا إذا لم يكن للولد نسب معروف.

وقوله: وقيمة ولدها يعني قيمته يوم الخصومة.

قوله: (وَلاَ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لأنه لا ملك له فيها حقيقة، ويجوز للمكاتب بيعها، كذا في الينابيع.

قوله: (وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُكَاتَبُ فِي النَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ)؛ لأن ما في يد المكاتب في حق المولى كما في يد الأجنبي، فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لزوال حق المكاتب؛ لأنه هو المانع.

كتاب المكاتب

الكتابة[1] في اللغة: الضم أي ضم كان، ومنه الكتيبة، والكتابة.

وفي الشرع: عبارة عن ضم مخصوص، وهو ضم حرية اليد للمكاتب إلى حرية الرقبة في المال بأداء بدل الكتابة.

والمكاتب في بعض الأحكام بمنـــزلة الأحرار، وفي بعضها بمنـــزلة الأرقاء؛ ولهذا قال مشايخنا: المكاتب طار عن قيد العبودية ولم ينـــزل بساحة الحرية، فصار كالنعامة إن استطير تباعر، وإن استحمل تطاير.

والكتابة مستحبة، إذا طلبها العبد، وليست بواجبة، وقوله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ ﴾[2]، أمر ندب واستحباب لا أمر حتم وإيجاب، وقوله تعالى: ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾[3].

قيل: أراد به إقامة الصلاة، وأداء الفرائض.

وقيل: أراد به إن كان بعد العتق لا يضر بالمسلمين؛ لأنه ما دام عبداً يكون تحت يد مولاه فيمنعه من ذلك، فإن علم أنه يضر بالمسلمين بعد العتق، فالأفضل أنه لا يكاتبه، فإن كاتبه جاز.

وقيل: معناه إن علمتم فيهم رشداً وأمانة ووفاء وقدرة على الكسب، وقوله تعالى: ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ﴾[4].

قيل: أراد به أن يحط عنه بعض مال الكتابة على سبيل الندب لا على سبيل الحتم.

وقيل: أراد به صرف الصدقة إليه، وهذا أقرب إلى ظاهر الآية؛ لأن الإيتاء هو الإعطاء دون الحط، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿ وَفِي ٱلرِّقَابِ ﴾[5].

قوله رحمه الله: (إِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ وَقَبِلَ

---

(1) الكتابة في اللغة: أمر معلوم، وهو جمع الحروف وضم بعضها إلى بعض، ومنه الكتيبة لطائفة من الجيش.

وفي الشريعة: عبارة عن إعتاق المملوك يداً في الحال، ورقبة بعد أداء المال.

فالمكاتب عتيق باعتبار اليد، رقيق باعتبار العاقبة، وإنما سمي ذلك بالكتابة إذ العقد الذي جرى بين المولى وعبده لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة.

انظر: الحدود والأحكام الفقهية (ص 97).

(2) سورة النور: 33.

(3) سورة النور: 33.

(4) سورة النور: 33.

(5) سورة البقرة: 177.

الْعَبْدُ ذَلِكَ صَارَ مُكَاتَبًا) شرط المال احترازاً عن الميتة، والدم، فإن الكتابة لا تصح عليهما، ولا يعتق بأدائهما، إلا أن يكون قال له: إذا أديت إلي ذلك، فأنت حر، فيعتق بالشرط، ولا شيء عليه بخلاف ما إذا كاتبه على خمر، أو خنزير، فأدى الخمر، أو قيمته، فإنه يعتق عند أبي يوسف، وعندهما: لا يعتق بأدائهما إلا أن يكون، قال له: إذا أديت إلي ذلك، فأنت حر، فيعتق بالأداء، ويسعى في قيمته، وشرط قول العبد؛ لأنه مال يلزمه، فلا بد من التزامه وللمولى أن يرجع قبل قبوله بخلاف ما إذا أعتقه على مال؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، ولا يعتق المكاتب إلا بأداء الكل؛ لقوله عليه السلام: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[1].

قال الخجندي: المكاتب رق ما بقي عليه درهم، ولا يعتق بالقبول، وهو قول زيد بن ثابت، وبه قال أصحابنا: وقال علي كرم الله وجهه: إنه يعتق بقدر ما أدى.

وقال عبد الله بن عباس: يعتق بالقبول، ويكون غريماً كالغرماء.

وقال ابن مسعود: إذا أدى قدر القيمة عتق، والباقي دين عليه، ويجوز شرط الخيار للمولى، والعبد في الكتابة؛ لأنها معاوضة يلحقها الفسخ إذا شرط ثلاثة أيام، ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز إذا سمي له مدة معلومة.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالَ حَالاً، وَيَجُوزُ مُؤَجَّلاً وَمُنَجَّمًا) وقال الشافعي: لا يجوز حالاً، ولا بد من نجمين.

قوله: (وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ، وَالشِّرَاءَ)؛ لأن العاقل من أهل القبول، والتصرف نافع في حقه. والشافعي يخالفنا فيه. وأما إذا كان لا يعقل البيع، والشراء لا يجوز إجماعاً، حتى لو قبل عنه غيره لا يعتق، ويسترد ما دفع، كذا في الهداية.

وفي الخجندي: إذا قبل عنه إنسان جاز، ويتوقف إلى إدراكه، فإن أدى هذا القابل عتق، وليس له أن يسترد استحساناً.

وقال زفر: له أن يسترد.

قوله: (فَإِذَا صَحَّتْ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ) هذا قول عامة المشايخ.

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (247/3): «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»؛ قلت: أخرجه أبو داود في «سننه» في «العتاق» عن إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء»، انتهى.

وقال بعضهم: يخرج عن ملك المولى، ولكن لا يملكها العبد كالمشتري بشرط الخيار.

وقوله: «خرج من يد المولى»: حتى لو جنى عليه وجب الأرش، ولو كانت أمة، فوطئها وجب العقر، ثم الكتابة في الحال فك الحجر وبعد الأداء عتقه وعتق أولاده، وكذا إذا أبرأه مولاه من بدل الكتابة، أو وهبه له قبل، أو لم يقبل، فإنه يعتق.

قوله: (وَيَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ)؛ لأن عقد الكتابة يوجب الإذن في الاكتساب، ولا يحصل الاكتساب إلا بذلك، وعلى هذا قالوا: يجوز أن يشتري من المولى، ويبيع على المولى؛ لأن المولى معه كالأجنبي، وليس لأحدهما أن يبيع ما اشتراه من الآخر مرابحة على أجنبي، ولا يجوز للمولى أن يشتري من مكاتبه درهمين بدرهم؛ لأنه معه كالأجنبي، فإن شرط عليه مولاه أن لا يخرج من الكوفة، فله أن يخرج؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستيلاء، وثبوت الاختصاص، فبطل الشرط، وصح العقد.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ التَّزْوِيجُ إِلاَّ بِإِذْنِ الْمَوْلَى) يعني لا يزوج نفسه ولا عبده، وله أن يزوج أمته؛ لأن المولى لا يملك رقبتها، وهو يتوصل إلى تحصيل مهرها بخلاف تزويج عبده؛ لأنه يلحقه الدين من غير تحصيل منفعة، وكذا تزويج نفسه؛ لأنه يلزم نفسه الدين، فلا يجوز، وكذا المكاتبة لا يجوز لها أن تتزوج بغير إذن المولى؛ لأن بضعها باق على ملك المولى، وإنما منع من التصرف فيه لعقد الكتابة، ولا يجوز للمكاتب عتق عبده لا ببدل، ولا بغير بدل، ولا يجوز أن يقول له: إذا أديت إلي ألفاً، فأنت حر؛ لأنه لا يملك التحقيق، فلا يملك التعليق إلا الكتابة، فإنها تجوز منه؛ لأنها عقد مبادلة، والعتق ينزل بالأداء حكماً، ألا ترى أن الأب، والوصي، والمفاوض لا يملكون العتق على مال، ويملكون الكتابة، وكذلك الكتابة، ويجوز للمكاتب، وهؤلاء الثلاثة تزويج الأمة، وليس لهم تزويج العبد.

قوله: (وَلاَ يَهَبُ وَلاَ يَتَصَدَّقُ إِلاَّ بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ) يعني كالرغيف ونحوه، والبصل، والملح ونحو ذلك، وإنما لم تجز هبته؛ لأنه ممنوع من التبرع، فإن وهب على عوض لم يصح أيضاً؛ لأنه تبرع ابتداء.

قوله: (وَلاَ يَتَكَفَّلُ)؛ لأن الكفالة تبرع، فلا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً، ولا يقرض؛ لأنه تبرع، فإن أذن له مولاه في الكفالة، فكفل أخذ به بعد العتق، ولا يملك العفو عن القصاص، ولا يجوز له البيع، والشراء إلا على المعروف في قولهما، ويجوز في قول أبي

حنيفة كيفما كان، ويجوز إقراره بالدين، والاستيفاء.

قوله: (فَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكَسْبُهُ لَهُ) فإن قيل: استيلاد المكاتب جارية نفسه، لا يجوز فكيف يتصور هذا؟

قلنا: يمكن أنه وطء مع أنه حرام، أو نقول: صورته: أن يتزوج أمة قبل الكتابة، فإذا كوتب اشتراها، فتلد له ولداً، وكذا إذا ولدت المكاتبة ولداً من زوجها دخل في كتابتها أيضاً، كذا في الهداية.

وإذا اشترى المكاتب زوجته لم ينفسخ النكاح؛ لأن له حق الملك، وليس له حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع البقاء عليه بيانه: إذا اشترى زوجته لا يفسد النكاح، وإذا طلقها طلاقاً رجعيّاً له أن يراجعها، وإذا طلقها طلاقاً بائناً ليس له أن يتزوجها بعد ذلك، ثم إذا اشترى زوجته إن كان معها ولد منه دخل في الكتابة، وتصير الجارية أم ولد له لا يجوز له بيعها، وإذا اشتراها بغير الولد، فعلى قولهما صارت أم ولد له، فلا يجوز له بيعها، وعند أبي حنيفة: يجوز وإن اشتراها ولم تكن ولدت منه، فله بيعها كالحر إذا اشترى زوجته ولم تكن ولدت منه، ولو اشترت المكاتبة زوجها لا يتكاتب بالإجماع.

قوله: (فَإِنْ زَوَّجَ الْمَوْلَى عَبْدَهُ مِنْ أَمَتِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا)؛ لأن تبعية الأم أرجح؛ ولهذا يتبعها في الرق، والحرية، ونفقة الولد عليها، ونفقتها على الزوج.

قوله: (وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ لَزِمَهُ الْعُقْرُ)؛ لأن المولى عقد معها عقداً منع به نفسه من التصرف فيها، أو في منافعها، والوطء من منافعها؛ ولهذا قالوا: إن المكاتبة حرام على مولاها ما دامت مكاتبة؛ لأنها خارجة عن يده.

قوله: (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَتْهُ الْجِنَايَةُ) لما بينا في الوطء يعني جناية خطأ، فإن جنى عليها عمداً سقط القصاص للشبهة.

قوله: (وَإِنْ أَتْلَفَ مَالَهَا غَرِمَهُ)؛ لأن المولى في كسب المكاتب كالأجنبي.

قوله: (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) يعني أنه يعتق بعتقه ويرق برقه، ولا يمكنه بيعه وعلى هذا كل من ملكه من قرابة الولادة كالأجداد، والجدات وأولاد الأولاد، ثم إذا اشترى المكاتب أباه، أو ابنه ليس له أن يرده بالعيب ولا يرجع بالنقصان، إلا إذا عجز حينئذ له الرد.

قوله: (وَإِذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهَا) يريد بهذا

أنه اشتراها مع ولدها، أو اشتراها، ثم اشترى الولد بعدها وإن لم يكن معها ولد، فكذلك عندهما: لا يجوز له بيعها؛ لأنها أم ولد، وعند أبي حنيفة له بيعها. وأما إذا ولدت في ملكه لم يجز له بيعها سواء كان ولدها باقياً أو ميتاً.

قوله: (وَإِذَا اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لاَ وِلاَدَةَ لَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) حتى إنه يجوز له بيعه، وعندهما يدخل، وليس له بيعه، وعند أبي حنيفة: إذا أدى المكاتب مال الكتابة، وهم في ملكه عتقوا ولا سعاية عليهم، ولو اشترى زوجته لم ينفسخ النكاح؛ لأنه ليس له ملك، وإنما له حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح واستدامته ويمنع ابتداء النكاح كالعدة.

وصورته: مسلم تزوج معتدة من مسلم لا يجوز، ولو تزوج امرأة، ثم وطئت بشبهة حتى وجبت العدة يبقى النكاح بينهما.

وصورته في العبد: إذا زوجه مولاه، ثم كاتبه فليس له أن يتزوج في حال الكتابة، ولا يبطل النكاح المتقدم.

قوله: (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ فِي حَالِهِ فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْتَضِيهِ أَوْ مَالٌ يَقْدَمُ عَلَيْهِ لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ وَانْتُظِرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ، وَالثَّلاَثَةِ وَلاَ يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ) لأن الثلاثة الأيام هي العدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع، والمديون للقضاء، فلا يزد عليها.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ) هذا، قولهما؛ لأنه قد تبين عجزه.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لاَ يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ) تيسيراً عليه.

قوله: (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ) إنما لم يقل عاد إلى الرق؛ لأن الرق فيه ثابت إلا أن الكتابة منعت المولى عن بعض الأحكام، فإذا عجز عاد إلى أحكامه.

قوله: (وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ مِنْ الاكْتِسَابِ لِمَوْلاَهُ) لأنه ظهر أنه كسب عبده، وإذا أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه، ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك، فإن العبد يتملكه صدقة، والمولى عوضاً عن العتق، وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة: «هو لها صدقة، ولنا هدية»[1]، وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني، أو للهاشمي؛ لأن المباح

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (147/4): قال عليه السلام في حديث بريرة: «هو لها صدقة ولنا هدية»؛ قلت: أخرجه البخاري، ومسلم عن عائشة، قالت: كان في بريرة ثلاث سنن: عتقت فخيرت، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الولاء لمن أعتق»، ودخل النبي صلى الله عليه =

له يتناوله على ملك المبيح، وإن عجز المكاتب قبل الأداء إلى الولي، فكذلك الجواب؛ لأنه بالعجز يتبدل الملك.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ مَالٌ لَمْ تَنْفَسِخْ الْكِتَابَةُ وَقُضِيَ مَا عَلَيْهِ مِنْ اكْتِسَابِهِ وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخَرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ) وما بقي، فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده.

وقال الشافعي: تنفسخ الكتابة ويموت عبداً وما تركه لمولاه.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الْكِتَابَةِ سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ) صورته: مكاتب اشترى جارية، فوطئها فجاءت بولد، فاعترف به، ثم مات عنه سعى في كتابة أبيه؛ لأنه داخل في كتابته وكسبه مثل كسبه، فيخلفه في الأداء، فإن ترك معه أبويه وولداً آخر مشترى في الكتابة، فهم موقوفون على أداء مال الكتابة من الولد المولود في الكتابة، وليس للمولى بيعهم ولا له أن يستسعيهم، فإذا أدى المولود بدل الكتابة عتق وعتقوا جميعاً، ولو عجز رد في الرق ورد هؤلاء معه إلا أن يقولوا: نحن نؤدي المال الساعة، فقبل ذلك منهم قبل قضاء القاضي بعجز الولد المولود في الكتابة.

قوله: (فَإِذَا أَدَّى حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ وَعَتَقَ الْوَلَدُ)؛ لأن الولد داخل في كتابته، فيخلفه في الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء.

قوله: (وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى قِيلَ لَهُ إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَّةً وَإِلاَّ رُدِدْتَ إِلَى الرِّقِّ) هذا عند أبي حنيفة. أما عندهما: فلا فرق بين المولود في كتابته، والمشترى في أنه يسعى بعد موت أبيه على نجومه.

قوله: (وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عَلَى قِيمَةِ نَفْسِهِ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ)؛ لأن الخمر، والخنزير ليسا بمال في حقه، فيصير كأنه كاتبه على غير بدل. وأما على قيمة نفسه، فهي مجهولة قدراً ووصفاً وجنساً، فتفاحش الجهالة، فصار كما إذا كاتبه على ثوب، أو دابة.

قوله: (فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ لاَ يَنْقُصُ مِنْ الْمُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ) لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد، وقد تعذر ذلك بالعتق، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع، ويعتبر قيمته يوم الكتابة. ثم إذا كاتبه على قيمة

=

وسلم وبرمة على النار، فقرب إليه خبز، وإدام من أدم البيت، فقال: ألم أر البرمة؟ فقيل: لحم تصدق به على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة، قال: «هو لها صدقة، ولنا هدية»، انتهى.

نفسه يعتق بأداء القيمة؛ لأنها هي البدل بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء الثوب؛ لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناسه، فلا يثبت العتق بدون إرادته، وكذا إذا كاتبه على ألف ورطل من خمر، فإذا أدى عتق، ويجب الأكثر إن كانت القيمة أكثر يلزم القيمة، وإن كانت بدل الكتابة أكثر لا يسترد الفضل، وإن كاتبه على ميتة، أو دم فالكتابة فاسدة، فإن أدى ذلك لا يعتق إلا أن يقول إذا أديت إلى ذلك، فأنت حر، فإنه يعتق لأجل اليمين، لا لأجل الكتابة، ولا يلزمه شيء.

والفرق بين الكتابة الفاسدة، والجائزة: أن في الفاسدة للمولى أن يرده في الرق ويفسخ الكتابة بغير رضا العبد، وفي الجائزة ليس له أن يفسخ إلا برضا العبد، وللعبد أن يفسخ في الجائزة، والفاسدة بغير رضا المولى.

قال في الينابيع: إذا كاتبه على قيمة نفسه، فالكتابة فاسدة، فإذا أداها عتق ولا شيء عليه غيرها، ثم القيمة تثبت بتصادقهما، فإن اختلفا يرجع إلى تقويم المقومين، فإن اتفق اثنان على شيء يجعل ذلك قيمة، وإن اختلفا فقوم أحدهما بألف، والآخر بألف وعشرة لا يعتق ما لم يؤد الأقصى.

قوله: (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ لَمْ يُسَمِّ جِنْسَهُ لَمْ يَجُزْ وَإِنْ أَدَّاهُ لَمْ يَعْتِقْ) لتفاحش الجهالة بخلاف ما إذا قال له: إن أديت إلي ثوباً، فأنت حر، فأدى إليه ثوباً عتق لأجل الشرط.

قوله: (إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ) يعني أنه بين جنس الحيوان، ولم يبين نوعه وصفته مثل أن يقول: فرس، أو بغل، أو بقرة، أو بعير، وينصرف إلى الوسط منه، ويجبر المولى على قبول القيمة. أما إذا قال: دابة، أو حيوان لا يجوز، وإن قال: كاتبتك على عبد جاز وله عبد وسط، فإن أحضر عبداً دون الوسط لم يجبر على قبضه.

وفي الخجندي: إذا قال كاتبتك على عبد لا يجوز، ولو أداه لا يعتق كما في الثوب، والدابة وإن قال: كاتبتك على دراهم، فالكتابة فاسدة، فإذا أدى ثلاثة دراهم لا يعتق؛ لأن الجهالة في ذلك متفاحشة، وليس للدراهم وسط، حتى يقع عليه، وليس هذا كما إذا أعتق عبده على دراهم فقبل العبد، فإنه يعتق ويلزمه قيمة نفسه؛ لأن العتق هناك بالقبول، والجهالة فاحشة، فوجبت قيمة نفسه.

قوله: (وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَيْهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ إِنْ أَدَّيَا عَتَقَا وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا فِي الرِّقِّ وَإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنْ الآخَرِ جَازَتْ الْكِتَابَةِ

وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا أَدَّى) ويشترط في ذلك قبولهما جميعاً. فإن قبل أحدهما ولم يقبل الآخر بطل؛ لأنهما صفقة واحدة، فلا تصح إلا بقبولهما كالبيع، ثم إذا أديا معاً عتقا، وإن عجزا ردا في الرق، وإن عجز أحدهما لم يلتفت إلى عجزه، حتى إذا أدى الآخر المال عتقا جميعاً، ويرجع على شريكه بالنصف وللمولى أن يطالب كل واحد منهما بالجميع نصفه بحق الأصالة، ونصفه بحق الكفالة وأيهما أدى شيئاً رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنهما متساويان في ضمان المال، فإن أعتق المولى أحدهما عتق وسقطت حصته عن الآخر ويكون مكاتباً بما بقي، ويطالب المولى المكاتب بأداء حصته لأجل الأصالة، والمعتق لأجل الكفالة، فإذا أداها المعتق رجع بها على صاحبه، وإن أداها المكاتب لا يرجع على صاحبه بشيء؛ لأنها مستحقة عليه.

قوله: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ) يعني مع سلامة الأكساب، والأولاد له؛ لأنه بعتقه صار مبرئاً له منه؛ لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق، وقد حصل دونه، فلا يلزمه.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى الْمُكَاتَبِ لَمْ تَنْفَسِخْ الْكِتَابَةُ، وَقِيلَ لَهُ: أَدِّ الْمَالَ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ)؛ لأنهم قاموا مقام الميت، ولو كان المكاتب متزوجاً بنت المولى، ثم مات المولى لم ينفسخ النكاح؛ لأنها لم تملك رقبته، وإنما تملك ديناً فيها، وذلك لا يمنع بقاء النكاح.

قوله: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَمْ يَعْتِقْ) هذا يدل على أنه لم ينتقل إليهم بالإرث، وإنما ينتقل إليهم ما في ذمته من المال.

قوله: (وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ) معناه: يعتق من جهة الميت؛ لأن الولاء يكون للذكور من عصبته دون الإناث، وإنما عتقهم استحساناً. وأما في القياس لا يعتق؛ لأنهم لم يرثوا رقبته، وإنما يكون ورثوا ديناً فيها.

وجه الاستحسان: أن عتقهم تتميم الكتابة، فصار كالأداء، والإبراء؛ ولأنهم بعتقهم إياه مبرئون له من المال، وبراءته من مال الكتابة توجب عتقه كما لو استوفوا منه، ولا يشبه هذا إذا أعتقه أحدهم، فإنه لا يعتق؛ لأن إبراءه له إنما يصادق حصته لا غير، ولو برئ من حصته بالأداء لم يعتق كذا هذا، ولو دفع المكاتب إلى وصي الميت عتق سواء كان على الميت دين أم لا؛ لأن الوصي قائم مقام الميت، فصار كما لو دفعه إليه، وإن دفعه إلى الوارث إن كان على الميت دين لم يعتق؛ لأنه دفعه إلى من لا يستحق القبض منه، فصار كالدفع إلى أجنبي، وإن لم يكن عليه دين لم يعتق أيضاً حتى يؤدي إلى كل

واحد من الورثة حصته، ويدفع إلى الوصي حصة الصغار؛ لأنه إذا لم يدفع على هذا الوجه لم يدفع إلى المستحق، كذا في شرحه.

قوله: (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ) لأنها على حكم ملكه؛ لأن له وطأها وإجارتها، فملك مكاتبتها كالمدبرة، فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة، ويسلم لها الأولاد، والأكساب.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى سَقَطَ عَنْهَا مَالُ الْكِتَابَةِ)؛ لأن موته يوجب عتقها.

قوله: (وَإِنْ وَلَدَتْ مُكَاتَبَتُهُ مِنْهُ فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لأنه ثبت لها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل، فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر، فإن اختارت المضي على الكتابة أخذت العقر من مولاها، واستعانت به في كتابتها، فإذا أدت عتقت، وإن لم تؤد حتى مات المولى عتقت بكونه بالاستيلاد، وسقط عنها مال الكتابة وإن ماتت هي وتركت ما لا يؤدي منه كتابتها، وما بقي ميراث لابنها، وإن لم تترك مالاً، فلا سعاية على الولد؛ لأنه حر فإن ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى، إلا أن يدعيه لحرمة وطئها عليه، فإن لم يدعه وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد؛ لأنه مكاتب تبعاً لها. فلو مات المولى بعد ذلك عتق، وبطلت عنه السعاية؛ لأنه بمنـــزلة أم الولد؛ إذ هو ولدها، فيتبعها كذا في الهداية.

قوله: (وَإِنْ كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى وَلاَ مَالَ لَهُ كَانَتْ بِالْخِيَارِ وَبَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَوْ فِي جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ) هذا على وجهين: إن مات المولى وله مال تخرج المدبرة من ثلثه عتقت وبطلت الكتابة عنها، وإن لم يكن لها مال، فهي بالخيار إن شاءت سعت في مال الكتابة، وإن شاءت في ثلثي قيمتها، وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن عقد الكتابة انعقد على ما بقي من الرق، ولم ينعقد على ما فات منه بالتدبير.

وقال أبو يوسف: تسعى في الأقل منهما ولا تخير؛ لأنها تعتق بأداء الأقل، ولا يقف عتقها على الأكثر.

وقال محمد: إن شاءت سعت في ثلثي قيمتها، وإن شاءت في ثلثي الكتابة؛ لأنه قابل البدل بالكل، وقد سلم لها الثلث بالتدبير.

فحاصل الخلاف: أن عند أبي حنيفة يسعى في جميع الكتابة، أو ثلثي القيمة إذا كان لا مال له غيرها، ولها الخيار في ذلك، فإن اختارت الكتابة سعت على النجوم، وإن اختارت السعاية في ثلثي القيمة سعت حالاً.

وعند أبي يوسف: تسعى في الأقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة بلا خيار.

وعند محمد: تسعى في الأصل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة بلا خيار، فاتفق أبو حنيفة وأبو يوسف في المقدار، وخالفهما محمد، واتفق أبو يوسف ومحمد في نفي الخيار، وخالفهما أبو حنيفة.

قوله: (تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا) يعني مدبرة لا قنة؛ لأن الكتابة عقدت حال كونها مدبرة.

قال في الحسامية: رجل دبر عبده، ثم كاتبه على مائة وقيمته ثلثمائة، وذلك في صحته، ثم مات المولى ولا مال له غيره.

قال أبو حنيفة: إن شاء سعي في ثلثي القيمة مائتين، وإن شاء سعى في جميع مال الكتابة مائة.

وقال أبو يوسف: لا خيار له بل يسعى في الأقل، وهو مائة.

وقال محمد: يسعى في الأقل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة، وذلك ستة وستون وثلثان.

قوله: (وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ وَلَهَا الْخِيَارُ إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً) وإنما صح تدبير المكاتبة؛ لأن فيه زيادة إيجاب عتق بدليل أن الكتابة يلحقها الفسخ، والتدبير لا يلحقه الفسخ، ولأنه بالتدبير يعتق بموته، والعتق إبراء من الكتابة، فإن مات مولاها، وهي لا تخرج من الثلث، فإن شاءت سعت في ثلثي الكتابة، وإن شاءت سعت في ثلثي القيمة، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: في الأقل من ثلثي القيمة، ومن ثلثي الكتابة بلا خيار، والاختلاف في هذا الفصل في الخيار ولا خلاف في المقدار. وإنما قال أبو حنيفة في هذه المسألة: إنها تسعى في ثلثي الكتابة بخلاف المسألة الأولى؛ لأن التدبير إبراء من الكتابة، والإبراء في المرض لا يتجاوز الثلث، فصح ذلك في ثلث الكتابة، وبقي ثلثاها، فتسعى في ذلك، وعلى قولهما: إنها تبرأ بالأقل، فلا يلزمها الأكثر.

قوله: (فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا وَمَاتَ الْمَوْلَى وَلاَ مَالَ لَهُ فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَالِ الْكِتَابَةِ وَإِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقال أبو يوسف ومحمد: تسعى في الأقل، والخلاف في هذا الفصل في الخيار أما المقدار فمتفق عليه.

فقال في المصفى: الخلاف في هذه المسألة بناء على تجزي الإعتاق وعدمه، فعند

أبي حنيفة: بقي الثلثان عبداً، وقد تلقاه جهتا حرية ببدلين مؤجل بالتدبير، ومعجل بالكتابة فتخير؛ لأن لكل واحد منهما نوع فائدة لتفاوت الناس فيه، فعسى يختار الكثير المؤجل على القليل المعجل، وعندهما: لما أعتق بعضه يعتق كله، فهو حر وجب عليه أحد المالين، فهو يختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير.

قوله: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبُ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَجُزْ)؛ لأنه تبرع.

قوله: (وَإِنْ وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ لَمْ يَصِحَّ)؛ لأنه تبرع ابتداء، فلم يكن له ذلك.

قوله: (وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ جَازَ) هذا استحسان، والقياس: أن لا يجوز؛ لأنه إيجاب عتق ببدل.

وجه الاستحسان: أن هذا عقد معاوضة يلحقه الفسخ كالبيع، فلما جاز له بيع عبده، جاز له مكاتبته.

قوله: (فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الأَوَّلُ فَوَلاَؤُهُ لِلْمَوْلَى)؛ لأن له فيه نوع ملك، وكذا إذا أديا معاً؛ لأنه ليس هناك من يصح الولاء منه، فانتقل الولاء إلى أقرب الناس إليه، وأقربهم إليه مولاه، فإن أدى المكاتب الأول بعد ذلك، فتعتق ليراجع الولاء إليه؛ لأن الولاء كالنسب، والنسب إذا ثبت من واحد لا ينتقل إلى غيره.

قوله: (وَإِنْ أَدَّى الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الأَوَّلِ عَتَقَ وَوَلاَؤُهُ لَهُ) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء؛ لأن المكاتب الأول لما أدى صار حرّاً فإذا أدى الثاني بعد كونه حرّاً عتق من جهته، فكان ولاؤه له.

مسألة: إذا كاتب الرجل نصف عبده على مال جاز، وكان نصفه مكاتباً، والنصف الآخر مأذوناً له في التجارة، فإذا أدى عتق نصفه، وما فضل في يده من الكسب نصفه له، ونصفه للمولى، وصار النصف الآخر مستسعى، فإن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاه، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة تخرجه إلى العتق، والعتق عنده يتجزأ، فكذا الكتابة، وأما عندهما: فالعتق لا يتجزأ، فيصير كله مكاتباً عندهما، فإذا أدى عتق كله وما اكتسب، فهو كله للمكاتب.

كتاب الولاء

الولاء نوعان:

1 - ولاء عتاقة، ويسمى ولاء نعمة. وسببه: العتق على ملكه في الصحيح، حتى لو عتق عليه قريبه بالوراثة كان ولاؤه له. واحترز بقوله: «في الصحيح»: عما قاله بعضهم أن سببه الإعتاق، فعندهم: إذا ملك قريبه، وعتق عليه لا يثبت الولاء منه لعدم الإعتاق.

2- والثاني: ولاء الموالاة، وسببه: العقد، وهو أن يسلم رجل على يد رجل، فيقول له: واليتك على أني إن مت فإرثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك، وعلى عاقلتك، وقبل الآخر، فهو كما قال: فإن جنى الأسفل يعقله الأعلى، وإن مات يرثه الأعلى، ولا يرث الأسفل من الأعلى، ولا تثبت هذه الأحكام بمجرد الإسلام على يده بدون عقد الموالاة.

وفي المبسوط: يجري التوارث من الجانبين كذا في المصفى.

قوله رحمه الله: (إِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ مَمْلُوكَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ) لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[1].

قوله: (وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تَعْتِقُ) ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغير مال، أو عتق بالقرابة، أو بأداء بدل الكتابة، أو عتق بعد الوفاة بالتدبير، أو بالاستيلاد وسواء كان العتق واجباً، أو غير واجب كما في كفارة القتل، أو الظهار، أو الإفطار، أو اليمين، أو النذر وسواء شرط الولاء، أو لم يشرط، أو تبرأ من الولاء. ولو قال: أعتق عبدك عني على ألف، فأعتقه يكون العتق للآمر استحساناً، والولاء له.

وقال زفر: يكون عن المأمور، وإن قال: أعتق عبدك عني ولم يذكر البدل، فأعتقه يكون عن المأمور، والولاء له عندهما.

وقال أبو يوسف: عن الآمر، والولاء له.

قوله: (فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ «وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ») لأن الشرط مخالف للنص وهو قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»، والسائبة أن يعتقه على أن لا

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (149/4): قال عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»؛ قلت: أخرجه الأئمة الستة عن عائشة أنها لما اشترت بريرة اشترط أهلها أن ولاءها لهم، فسألت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أعتقيها، فإنما الولاء لمن أعتق، انتهى. أخرجه البخاري في «المكاتب»، ومسلم وأبو داود في «العتق»، والترمذي في «الولاء»، والنسائي وابن ماجه في «الأحكام»، وأخرجه مسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة، قال: أرادت عائشة أن تشتري جارية تعتقها، فأبى أهلها إلا أن يكون لهم الولاء، فذكرت ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: لا يمنعك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق، انتهى.

ولاء عليه، أو على أن ولاءه لجماعة المسلمين.

قوله: (وَإِذْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى وَكَذَا إِنْ أُعْتِقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى فَوَلَاؤُهُ لِوَرَثَةِ الْمَوْلَى) أي ولو أعتق بعد موت مولاه، وكذا العبد الموصى بعتقه، أو بشرائه وعتقه بعد موته وعتق المسلم، والذمي، والمجوسي في استحقاق الولاء بالعتق سواء، ولو كان العبد ذمياً، والمعتق له مسلماً ثبت الولاء منه، وإذا كان المعتق ذميا لا يمنع ثبوت الولاء؛ لأن الولاء كالنسب، والكفر لا يمنع ثبوت النسب، فكذا لا يمنع ثبوت الولاء، إلا أنه لا يرث منه؛ لأن المسلم لا يرثه الكافر إلا إذا أسلم المعتق قبل الموت.

قوله: (وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ)؛ لأنهم عتقوا من جهته.

قوله: (وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ وَوَلَاؤُهُ لَهُ) صورته: أختان اشترت إحداهما أباهما، فمات عنهما وترك مالاً، فلهما الثلثان بالفرض، والثلث للمشترية بالولاء، وهذا إذا لم يكن له عصبة من النسب؛ لأن مولى العتاقة أبعد من العصبة.

قوله: (وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لآخَرَ فَأَعْتَقَ مَوْلَى الأَمَةِ الأَمَةَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْعَبْدِ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا وَوَلَاءُ الْحَمْلِ لِمَوْلَى الأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا)؛ لأن المولى باشر الحمل بالعتق؛ لأنه جزء من الأمة، فلهذا لم ينتقل الولاء عنه هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر للتيقن بالحمل وقت الإعتاق، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر لأكثر؛ لأنهما توأما حمل واحد.

قوله: (وَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَدًا فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الأُمِّ)؛ لأنه عتق تبعاً لها لاتصاله بها، فيتبعها في الولاء.

قوله: (فَإِنْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ وَانْتَقَلَ عَنْ مَوْلَى الأُمِّ إِلَى مَوْلَى الأَبِ)؛ لأن العتق هنا ثبت في الولد تبعاً بخلاف الأول.

قوله: (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ الْعَجَمِ بِمُعْتَقَةِ الْعَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ) وقال أبو يوسف: حكمهم في هذا حكم أبيهم؛ لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً بخلاف ما إذا كان الأب عبداً، فإن العبد إذا تزوج بمعتقة، فولدت له أولاداً، فولاؤهم لموالي الأم.

ولهما: أن الأب مجهول النسب؛ لأنه ليس له نسب معروف، ولا ولاء عتاقة وليس له عاقلة، فكان ولاء ولده لموالي أمه.

وصورة المسألة: رجل حر الأصل عجمي من غير العرب ليس بمعتق لأحد تزوج

بمعتقة العرب، فولدت له أولاداً، فعندهما ولاء الأولاد لموالي الأم؛ لأن غير العرب لا يتناصرون بالقبائل، فصار كمعتقة تزوجت عبداً.

وقال أبو يوسف: ولاؤهم لموالي أبيهم.

قال في شاهان: الوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً، حتى لو كان التزوج بمعتقة غير العرب يكون الحكم فيه كذلك، فإن كانت الأم حرة لا ولاء عليها لأحد، والأب مولى، فالولد حر لا ولاء عليه؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها.

قوله: (**وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ**) أي موجبا للعصوبة. اعلم أن مولى العتاقة أبعد من العصبة، ومقدم على ذوي الأرحام، ويرثه الذكور دون الإناث، حتى لو ترك ابن مولى وبنت مولى، فالميراث للابن دونها، وإن ترك ابن مولى وأب مولى، فالميراث للابن خاصة عندهما؛ لأنه أقرب عصوبة.

وقال أبو يوسف: يكون بينهما أسداساً للأب السدس، والباقي للابن وإن ترك جدا مولى وأخاً مولى، فالميراث للجد عند أبي حنيفة، وعندهما: هو بينهما نصفان سواء كان الأخ لأب وأم أو لأب، والمراد بالجد أبو الأب.

قوله: (**فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتِقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُمْ أَوْلَى مِنْهُ**) لأن موالي العتاقة آخر العصبات، وإنما يرث إذا لم يكن عصبة من النسب.

قوله: (**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتِقِ**) يعني إذا لم يكن هناك صاحب فرض في حال. أما إذا كان،؛ فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة.

ومعنى قولنا: في حال أي صاحب فرض له حالة واحدة كالبنت بخلاف الأب، فإن له حال فرض وحال تعصيب، فلا يرث المعتق في هذه الحالة.

قوله: (**فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَى دُونَ بَنَاتِهِ**)؛ لأن الولاء تعصيب، ولا تعصيب للمرأة.

قوله: (**وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلاَّ مَا أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ كَاتَبْنَ أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ**) بهذا اللفظ ورد الحديث، وفي آخره: «أو جر ولاء معتقهن»[1].

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (154/4): قال عليه السلام «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن، أو دبرن، أو دبر من دبرن، أو جر ولاء معتقهن»؛ قلت: غريب، وأخرجه البيهقي في كتاب الولاء (باب: لا ترث النساء الولاء) عن علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة، ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، انتهى.

وصورة: الجر أن المرأة إذا زوجت عبدها امرأة حرة، فولدت ولداً، فإن الولد حر تبعا لأمه وولاؤه لموالي أمه دون موالي أبيه، حتى لو مات الولد يكون ميراثه لموالي الأم، ولا يكون للمرأة، ولو أن المرأة أعتقت عبدها جر ولاء ولده إلى نفسه وإلى مولاته، والمرأة جرت ولاء معتقها إلى نفسها، فبعد ذلك لو مات الابن ولا ميراث له لأبيه، فإن لم يكن له أب، فميراثه للمرأة التي أعتقت أباه، كذا في الخجندي في باب الفرائض.

وقوله: «أو أعتق من أعتقن»: يعني أن معتقها إذا اشترى عبداً، فأعتقه ثم مات الأول، وبقي الثاني ولا وارث، فإن ميراثه لها؛ لأنها أعتقت من أعتقه، ولو ترك المعتق ابن مولاته وأخاها، فالولاء لابنها دون أخيها؛ لأنه أقرب عصوبة إلا أن عقل جنايتها على أخيها؛ لأنه من قوم أبيها.

قوله: (أَوْ دَبَّرَتْ) صورته: امرأة دبرت عبدها، ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب وقضي بلحاقها حتى عتق مدبرها، ثم جاءت مسلمة إلينا، ثم مات المدبر، وترك مدبرته هذه فولاؤه لها.

قوله: (أَوْ دَبَّرَ مَنْ دَبَّرْنَ) صورته: أن هذا المدبر بعد ما عتق دبر عبده ومات، ثم مات الثاني فولاؤه لمدبر مدبره.

قوله: (فَإِنْ تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلابْنِ دُونَ بَنِي الابْنِ)؛ لأنه أقرب منهم.

قوله: (وَالْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ) أي لأقرب عصبة المعتق، ومعناه: أن من كان أقرب إلى الميت كان الولاء له.

قوله: (وَإِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالاَهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ أَوْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ وَوَالاَهُ فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلاَهُ) صورته: مجهول النسب، قال للذي أسلم على يده أو غيره: واليتك على أني إن مت، فميراثي لك وإن جنيت، فعقلي عليك، فقبل الآخر صح ذلك عندنا، ويكون القائل مولى له إذا مات يرثه، ويعقل عنه إذا جنى، ولكن يشترط أن لا يكون له وارث، حتى لو كان له وارث لا تصح الموالاة؛ لأن فيه إبطال حق الوارث، وإن شرط من الجانبين، فعلى ما شرط فإن جنى الأسفل يعقله الأعلى، وإن مات يرثه الأعلى ولا يرث الأسفل من الأعلى.

وفي المبسوط: أن التوارث يجري من الجانبين إذا شرطاه، وكذا في الخجندي.

ثم ولاء الموالاة له شرائط:

منها: أن يكون المولى الأسفل من غير العرب؛ لأن العرب يتناصرون بالقبائل،

فأغنى عن الموالاة.

ومنها: أن لا يكون معتقاً؛ لأن ولاء العتاقة لا يحتمل النقض.

ومنها: أن يشترط الميراث، والعقل، والمرأة إذا عقدت مع رجل عقد الولاء، فإنه يصح ويثبت ولاؤها وولاء أولادها الصغار أيضاً عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يثبت ذلك. وأما الرجل إذا والى أحدا ثبت ولاؤه وولاء أولاده الصغار، ولا يثبت ولاء أولاده الكبار؛ لأنه لا ولاية له عليهم.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ وَلاَ وَارِثَ لَهُ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى) يعني الذي عاقده.

قوله: (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ) قال في الهداية: ولو كانت عمة، أو خالة، أو غيرهما من ذوي الأرحام.

قوله: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوِلاَيَةٍ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ الأَعْلَى) يعني الأسفل له أن ينتقل ما لم يعقل عنه الأعلى؛ لأنه فسخ حكمي بمنـــزلة العزل الحكمي في الوكالة، وليس للأعلى ولا للأسفل أن يفسخ عقد الولاء قصداً بغير محضر من صاحبه كما في الوكيل.

ثم الفسخ على ضربين:

1 - فسخ من طريق القول: وهو أن يقول فسخت الولاء معك، وإنما يصح بحضرته.

2- وفسخ من طريق الفعل: وهو أن يعقد الأسفل مع آخر بحضرة الأول، وبغير حضرته.

قوله: (فَإِنْ عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلاَئِهِ إِلَى غَيْرِهِ)؛ لأنه تعلق به حق الغير.

قوله: (وَلَيْسَ لِمَوْلَى الْعَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا)؛ لأن ولاء العتق فرع النسب، والنسب إذا ثبت من واحد لا ينتقل إلى غيره.

قال في المستصفى: ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة في فصول:

أحدها: أن في ولاء الموالاة يتوارثان من الجانبين إذا اتفقا على ذلك بخلاف ولاء العتاقة.

والثاني: أن ولاء الموالاة يحتمل النقض، وولاء العتاقة لا يحتملها.

والثالث: أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوي الأرحام، وولاء العتاقة مقدم عليهم.

كتاب الجنايات

الجناية[1] في اللغة: التعدي.

وفي الشرع: عبارة عن فعل واقع في النفوس، والأطراف، ويقال: الجناية ما يفعله الإنسان بغيره، أو بمال غيره على وجه التعدي، وهي تعم الأنفس، والأطراف، والأموال، إلا أن اسمها اختص بالأنفس في تعارف أهل الشرع؛ ولهذا سمى الفقهاء التعدي في الأنفس جناية، والتعدي في الأموال غصباً وإتلافاً.

قوله رحمه الله: (**الْقَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: عَمْدٍ، وَشِبْهِ عَمْدٍ، وَخَطَأٍ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ، وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ**) وذكر محمد أنه على ثلاثة أوجه:

1 - عمد.

2- وشبه عمد.

3- وخطأ.

وإنما زاد الشيخ هذين القسمين الآخرين لبيان حكمهما، وإن دخلا في حكم الخطأ.

وقوله: «على خمسة أوجه»: يعني القتل بغير حق وإلا، فأنواعه أكثر كالقتل الذي هو رجم، وقتل الحربي، والقتل قصاصاً، والقتل صلباً لقطاع الطريق.

واعلم أن قتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر بعد الكفر بالله تعالى، وتقبل التوبة منه، فإن قتل مسلماً، ثم مات قبل التوبة منه لا يتحتم دخوله النار، بل هو في مشيئة الله كسائر الكبائر، فإن دخلها لم يخلد فيها.

قوله: (**فَالْعَمْدُ مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ أَوْ مَا أُجْرِيَ مُجْرَى السِّلَاحِ فِي تَفْرِيقِ الأَجْزَاءِ كَالْمُحَرَّرِ مِنْ الْخَشَبِ، وَالْحَجَرِ، وَالنَّارِ**) العمد ما تعمد قتله بالحديد كالسيف، والسكين، والرمح، والخنجر، والنشابة، والإبرة، والأشفار، وجميع ما كان من الحديد

---

(1) وهي جمع جناية، والجناية: كل فعل محظور يتضمن ضرراً، ويكون تارة على نفسه، وتارة على غيره، يقال: جنى على نفسه وجنى على غيره؛ فالجناية على غيره تكون على النفس وعلى الطرف وعلى العرض وعلى المال؛ والجناية على النفس تسمى قتلاً أو صلباً أو حرقاً؛ والجناية على الطرف تسمى قطعاً أو كسراً أو شجاً، وهذا الباب لبيان هاتين الجنايتين وما يجب بِهما.
والجناية على العرض نوعان: قذف وموجبه الحد. وغيبة وموجبها الإثم، وهو من أحكام الآخرة.
والجناية على المال تسمى غصباً أو خيانة أو سرقة.
ثم القصاص مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.
انظر: الاختيار لتعليل المختار (22/5).

سواء كان يقطع، أو يبضع، أو يرض كالسيف، ومطرقة الحداد، والزبرة وغير ذلك سواء كان الغالب أمنه الهلاك أم لا، ولا يشترط الحد في الحديد في ظاهر الرواية؛ لأنه وضع للقتل قال الله تعالى: ﴿ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ [1]، وكذا كل ما يشبه الحديد كالصفر، والرصاص، والذهب، والفضة سواء كان يبضع، أو يرض، حتى لو قتله بالمثقل منها يجب عليه القصاص كما إذا ضربه بعمود من صفر، أو رصاص.

وقوله: «أو ما أجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء»: كالزجاج، والليطة، والحجر المحدد، وكل ما كان يقع به الذكاة إذا قتله به، ففيه القصاص، وإن ضربه بمزراق، فقتله إن أصابه العود، ففيه الدية، وإن أصابه الحديد، ففيه القصاص، وإن أحرقه بالنار، فعليه القصاص، وإن ألقاه في الماء، فغرق فمات، فلا قصاص فيه عند أبي حنيفة. وتجب الدية على العاقلة، وعندهما: عليه القصاص إذا كان الماء لا يتخلص منه في الغالب؛ لأنه كالقتل بالنار.

قال في الينابيع: إذا قمط رجلاً، وألقاه في البحر، فغرق تجب الدية عند أبي حنيفة، وإن سبح ساعة، ثم غرق بعد ذلك لم تجب الدية.

ولو غلق على حر بيتاً، أو طينه فمات جوعاً، أو عطشاً لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة؛ لأنه سبب لا يؤدي إلى التلف، وإنما مات بسبب آخر وهو فقد الطعام، والماء فلم يبق لا اليد، والحر لا يضمن باليد.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الدية؛ لأنه سبب أداه إلى التلف كسقي السم وإن سقى رجلاً سُمّاً، أو أطعمه إياه، فمات فإن كان الميت أكله بنفسه، فلا ضمان على الذي أطعمه، ولكن يعزر ويضرب، وإن أوجره إياه، أو كلفه أكله، فعليه الدية؛ لأنه إذا أكله بنفسه، فهو القاتل لها والذي قدمه إليه إنما غره، والغرور لا يتعلق به ضمان النفس، وإن ألقاه من سطح، أو من جبل على رأسه فمات، فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه القصاص إذا كان لا يتخلص منه في الغالب.

قوله: «ما تعمد ضربه»: سواء تعمد المقتل، أو غيره حتى لو تعمد موضعاً من جسده، فأخطأه فوقع في غيره، فمات منه، فهو عمد يجب به القصاص.

قوله: **(وَمُوجَبُ ذَلِكَ الْمَأْثَمُ، وَالْقَوَدُ وَلاَ كَفَّارَةَ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ عِنْدَنَا)**؛ لأن الله تعالى ذكر العمد وحكمه، فقال: ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ ﴾ [2]، ولم يذكر الكفارة وذكر الخطأ وحكمه، فبين الكفارة في الخطأ، فلو كانت واجبة في العمد

---

(1) سورة الحديد: 25.

(2) سورة النساء: 93.

كوجوبها في الخطأ لبينها، ومن حكم القتل أن يحرم الميراث.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَعْفُوَ الأَوْلِيَاءُ)؛ لأن الحق لهم وكذا لهم أن يصالحوا عنه على مال، فإذا صالحوا سقط حقهم عن القصاص كما لو عفوا.

قوله: (وَلاَ كَفَّارَةَ فِيهِ) وقال الشافعي رحمه الله: تجب الكفارة، وقد ذكرنا ذلك ثم إذا صالح الأولياء عن مال جاز قليلاً كان أو كثيراً من جنس الدية، أو من غير جنسها حالاً، أو مؤجلاً. فإن لم يصالحوا، ولكن عفا بعضهم بطل القصاص، ولا ينقلب نصيب العافي مالاً، وينقلب نصيب الباقي مالاً؛ لأن القصاص متى تعذر استيفاؤه من قبل من له القصاص لا ينقلب نصيبه مالاً، ومتى تعذر من جهة من عليه القصاص ينقلب نصيبه مالاً، ثم نصيب العافي لا ينقلب مالاً؛ لأن الاستيفاء تعذر من جهته ونصيب الذي لم يعف ينقلب مالاً؛ لأنه تعذر الاستيفاء من جهة غيره.

قوله: (وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَيْسَ بِسِلاَحٍ وَلاَ مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلاَحِ) بل يضربه بشيء الغالب منه الهلاك كمدقة القصارين، والحجر الكبير، والعصا الكبيرة ونحو ذلك، فإذا قتله بذلك، فهو شبه العمد عنده، وقالا: هو عمد، وأما إذا ضربه بعصا صغيرة، أو لطمه عمداً، فمات، أو ضربه بسوط فمات، فهو شبه عمد إجماعاً، وإن ضربه بسوط صغير ووالى الضرب، حتى قتله فعليه القصاص عندهما خلافاً لأبي حنيفة.

قوله: (وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَهُمَا أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لاَ يَقْتُلُ غَالِبًا)؛ لأن بمثل ذلك يقصد التأديب.

قوله: (وَمُوجَبُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْمَأْثَمُ، وَالْكَفَّارَةُ) فإن قلت: وجمع في هذا بين الإثم، والكفارة وهي ستارة؟

قلت: جاز أن يكون عليه الكفارة، والإثم ابتداء، ثم يسقط الإثم بأداء الكفارة.

وقوله: «على القولين»: أي اختلاف القولين.

قوله: (وَلاَ قَوَدَ فِيهِ)؛ لأنه ليس بعمد محض، وإذا التقى صفان من المسلمين، والمشركين، فقتل مسلم مسلماً ظنه كافراً لا قصاص عليه، وعليه الكفارة لم تجب الدية أيضاً إذا كانوا مختلطين. أما إذا كان في صف الكفار لا تجب الدية؛ لأنه أسقط عصمته بتكثير سوادهم، قال عليه السلام: «من كثر سواد قوم فهو منهم»[1]، كذا في الهداية.

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (4/346-347): قال عليه االسلام: «من كثر سواد قوم فهو منهم»؛ قلت: رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» حدثنا أبو همام حدثنا ابن وهب أخبرني =

قوله: (وَفِيهِ الدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ) ويحرم الميراث أيضاً، وتجب الدية في ثلاث سنين، ويدخل القاتل معهم في الدية، فيكون كأحدهم.

قوله: (وَالْخَطَأُ عَلَى وَجْهَيْنِ خَطَأٌ فِي الْقَصْدِ وَهُوَ: أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ) أو ظنه حربياً، فإذا هو مسلم، أو رمى إلى حربي أسلم، وهو لا يعلم، أو رمى إلى رجل، فأصاب غيره، فهذا كله خطأ في القصد. وأما إذا قصد عضواً من شخص، فأصاب عضواً آخر من ذلك الشخص، فهو عمد يجب به القصاص.

قوله: (وَخَطَأٌ فِي الْفِعْلِ وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ غَرَضًا فَيُصِيبُ آدَمِيًّا)؛ لأن كل واحد من القسمين خطأ، إلا أن أحدهما في الفعل، والآخر في القصد.

قوله: (وَمُوجَبُ ذَلِكَ الْكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ) ويحرم الميراث، وتجب الدية في ثلاث سنين وسواء قتل مسلماً، أو ذمياً في وجوب الدية، والكفارة لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [1]، وإن أسلم الحربي في دار الحرب، فقتله مسلم هناك قبل أن يهاجر إلينا، فلا شيء عليه إلا الكفارة، لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [2]، فأوجب الكفارة لا غير، ولم يقل فيه فدية مسلمة؛ لأنه لما يحرز دمه في دار الإسلام، فلم يكن له قيمة، ولا يشبه ذلك إذا أسلم هناك وهاجر إلينا، ثم عاد إليهم؛ لأنه لزمه قيمة؛ لأنه قد أحرزه بدارنا.

=

بكر بن مضر عن عمرو بن الحارث أن رجلاً دعا عبد الله بن مسعود إلى وليمة، فلما جاء ليدخل سمع لهواً، فلم يدخل، فقال له: لم رجعت؟ قال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من كثر سواد قوم، فهو منهم، ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمل به»، انتهى. ورواه علي بن معبد في «كتاب الطاعة والمعصية» حدثنا ابن وهب به سنداً ومتناً، ورواه ابن المبارك في «كتاب الزهد والرقائق» موقوفاً على أبي ذر حدثنا خالد بن حميد عن عبد الرحمن بن زياد بن أنعم أن أبا ذر الغفاري دعي إلى وليمة، فلما حضر إذا هو بصوت، فرجع فقيل له: ألا تدخل قال: إني أسمع صوتاً، ومن كثر سواداً كان من أهله. ومن رضي عملاً كان شريك من عمله، انتهى.

وفي الباب حديث: «من تشبه بقوم فهو منهم»؛ وقد روي من حديث ابن عمر، ومن حديث حذيفة، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث أنس.

(1) سورة النساء: 92.

(2) سورة النساء: 92.

قوله: (وَلَا مَأْثَمَ فِيهِ) يعني لا إثم فيه في الوجهين: وسواء كان خطأ في القصد، أو خطأ في الفعل؛ لأنه لم يقصد الفعل، والمراد إثم القتل، أما نفس الإثم، فلا يعرى عنه؛ لأنه ترك التثبت في حالة الرمي، ويحرم الميراث؛ لأنه يجوز أن يتعمد القتل، ويظهر الخطأ، فاتهم فسقط ميراثه. والأصل أن كل قتل يتعلق به القصاص، أو الكفارة، فإنه يمنع الميراث، وما لا فلا. أما الذي يتعلق به القصاص، فقد بيناه. وأما الذي يتعلق به الكفارة، فهو القتل بالمباشرة، أو تطؤه دابة وهو راكبها، أو انقلب عليه في النوم، فقتله، أو سقط عليه من سطح، أو سقط من يده حجر، أو لبنة، أو خشبة، أو حديدة، فهذا كله خطأ بالمباشرة يوجب الكفارة، ويحرم الميراث إن كان وارثاً، والوصية إن كان أجنبياً. وأما الذي لا يتعلق به قصاص ولا كفارة، فهو أن يقتل الصبي، أو المجنون مورثهما، فإنه لا يمنع الميراث عندنا، وكذا إذا قتل مورثه بالسبب كما إذا أشرع جناحاً في الطريق، فسقط على مورثه، أو حفر بئراً على الطريق فوقع فيها مورثه، فمات لا يمنع الميراث إذا قتله قصاصاً، أو رجماً، أو شهد عليه بالزنا، فرجم، فإنه لا يمنع الميراث. وكذا إذا وضع حجراً على الطريق، فتعقل به مورثه، أو ساق دابة، أو قادها فأوطأت مورثه، فمات لا يمنع الميراث، وكذا إذا وجد مورثه قتيلاً في داره تجب القسامة والدية ولا يمنع الميراث، وكذا العادل إذا قتل الباغي لا يمنع الميراث؛ لأنه لا يجب القصاص ولا الكفارة في هذه المواضع كلها، وأما إذا قتل الباغي العادل، فهو على وجهين: إن قال قتلته، وأنا على الباطل، وأنا الآن على الباطل لا يرثه إجماعاً، وإن قال: قتلته، وأنا على الحق، والآن أيضاً أنا على الحق ورثه عندهما؛ لأن هذا قتل لا يوجب قصاصاً، ولا كفارة.

وعند أبي يوسف: لا يرثه؛ لأنه قتله بغير حق، والأب إذا قتل ابنه عمداً لا يجب القصاص ولا الكفارة، ومع ذلك لا يرث. ويشكل هذا على أصلنا إلا أنا نقول: قد وجب القصاص هنا، ثم سقط للشبهة.

وقال الشافعي: لا يرث من وقع عليه اسم القتل من صغير وكبير وعاقل ومجنون ومتأول، ويورث دم المقتول كسائر أمواله، ويستحقه من يرث ماله، ويدخل فيه الزوجان خلافاً لمالك، ولا يدخل فيه الموصى له، وليس للبعض أن يقتص، حتى يجتمعوا كلهم، فإن كان للمقتول أولاد صغار وكبار، فللكبار أن يقتصوا عند أبي حنيفة قبل بلوغ الصغار، لما روي أن الحسن بن علي رضي الله عنهما اقتص من ابن ملجم، وفي ورثة علي رضي الله عنه صغار، وقد أوصى إليه علي بذلك، وقال: اضربه ضربة واحدة.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس للكبار أن يقتصوا، حتى يبلغ الصغار، وكان أبو بكر الرازي يقول: محمد مع أبي حنيفة في هذه المسألة ودية المقتول خطأ تكون ميراثاً عنه

كسائر أمواله لجميع ورثته.

وقال مالك: لا يرث منها الزوجان؛ لأن وجوبها بعد الموت، والزوجية ترتفع بالموت بخلاف القرابة.

ولنا: حديث: «الضحاك بن سفيان قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم»[1]. وإذا أوصى رجل بثلث ماله دخلت

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (352/4-353): روي أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي، من عقل زوجها أشيم؛ قلت: روي من حديث الضحاك بن سفيان؛ ومن حديث المغيرة بن شعبة.

فحديث الضحاك بن سفيان: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سفيان بن أبي عيينة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر أنه كان يقول: «الدية للعاقلة، لا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً حتى قال الضحاك بن سفيان: كتب إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها، فرجع عمر»، انتهى. أخرجه أبو داود، والنسائي في «الفرائض»، وابن ماجه في «الديات»، والترمذي فيهما وقال: حديث حسن صحيح؛ ورواه أحمد في «مسنده» حدثنا سفيان به، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا معمر عن الزهري عن بن المسيب أن عمر بن الخطاب، قال: ما أرى الدية إلا للعصبة، لأنهم يعقلون عنه. فهل سمع أحد منكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً؟ فقال الضحاك بن سفيان الكلابي، وكان عليه السلام استعمله على الأعراب: كتب إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها، فأخذ به عمر، انتهى. أخبرنا ابن جريج عن الزهري به، وزاد: وكان قتل خطأ. ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني في «معجمه»، وابن راهويه في «مسنده»، وصحح عبد الحق في «أحكامه» هذا الحديث، وتعقبه ابن القطان في «كتابه» وقال: إن بن المسيب لم يسمع من عمر إلا نعيه النعمان بن مقرن، ومن الناس من أنكر سماعه منه ألبتة، انتهى.

وأما حديث المغيرة: فأخرجه الدارقطني في «سننه» عن محمد بن عبد الله الشعيثي عن زفر بن وثيمة عن المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك أن يورث امرأة أشيم الضبابي من ديته، انتهى. وزفر بن وثيمة مجهول الحال، قال ابن القطان، وتفرد عنه الشعيثي، قال الذهبي: وثقه بن معين، ودحيم، ثم أخرجه عن محمد بن عبد الله الشعيثي عن زفر بن وثيمة عن المغيرة بن شعبة أن زرارة بن جزء، قال لعمر بن الخطاب: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك بن سفيان أن يورث، الحديث. قال الدارقطني في «كتاب المؤتلف والمختلف»: وزرارة بن جزء له صحبة، روى عنه المغيرة بن شعبة، قال: -وهو بكسر الجيم- هكذا يعرفه أصحاب الحديث، وأهل العربية يقولون: -بفتح الجيم-، انتهى. وأخرجه الطبراني في «معجمه» عن محمد بن عبد الله الشعيثي عن زفر بن وثيمة البصري عن المغيرة بن شعبة أن أسعد بن بينها الأنصاري قال لعمر بن الخطاب: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك ابن سفيان أن يورث امرأة أشيم الضباني من دية زوجها، انتهى. قال الطبراني: وأسعد بن =

ديته في تلك الوصية؛ لأن الوصية أخت الميراث؛ ولأن الدية مال الميت حتى تقضى منها ديونه، وتنفذ منها وصاياه كسائر أمواله.

قوله: (وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْخَطَأِ) يعني من سقوط القصاص، ووجوب الدية، وحرمان الميراث.

أما سقوط القصاص فلأنه لم يتعمد.

وأما وجوب الدية فلأنه مات بفعله.

وأما وجوب الكفارة فلأنه مات بثقله.

وأما حرمان الميراث فلجواز أن يكون اعتمد قتله، وأظهر النوم. وإنما أجري مجرى الخطأ وإن تعلق به حكم الخطأ ؛ لأن النائم لا قصد له فلا يوصف فعله بعمد ولا خطأ، فلهذا لم يطلق عليه اسم الخطأ.

قوله: (وَأَمَّا الْقَتْلُ بِسَبَبٍ كَحَافِرِ الْبِئْرِ وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ)؛ لأنه ليس بمتعمد القتل ولا خاطئ فيه، وإنما هو سبب فيه لتعديه.

قوله: (وَأَمَّا الْقَتْلُ بِسَبَبٍ كَحَافِرِ الْبِئْرِ وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ)؛ لأنه ليس بمتعمد القتل ولا خاطئ فيه، وإنما هو سبب في لتعديه.

قوله: (وَمُوجَبُ ذَلِكَ إِذَا تَلَفَ فِيهِ آدَمِيٌّ: الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ)؛ لأنه سبب التلف.

قوله: (وَلاَ كَفَّارَةَ فِيهِ)؛ لأنه لم يباشر القتل بنفسه ولا وقع بثقله ولا يشبه الراكب على الدابة إذا وطئت آدمياً إن فيه الكفارة؛ لأن القتل حصل بوطئها وثقل الراكب، ولهذا قالوا: لا كفارة على السابق والقائد؛ لأنهما لم يباشرا القتل ولا مات بثقلهما، ولا يحرم الميراث بسبب الحفر ووضع الحجر؛ لأنه غير متهم في ذلك، وهذا كله إذا حفرها في ممر الناس، وأما في غير ممرهم لا ضمان عليه.

قوله: (وَوَاضِعِ الْحَجَرِ) إنما يضمن بذلك إذا لم يتعمد المشئ على الحجر. وأما إذا تعمد المار ذلك لا يضمن؛ لأنه هو الذي جنا على نفسه بتعمده المرور عليه، ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فالضمان على الذي نحاه، وإذا اختلف الولي والحافر، فقال: الحافر هو الذي أسقط نفسه فالقول قول الحافر استحساناً.

وفي الخجندي: هذا قول محمد.

=

زرارة صحابي، يكنى أبا أمامة، توفي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في السنة الأولى من الهجرة، انتهى.

{مطلب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه}

قوله: (وَالْقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ) احترز بقول على التأبيد عن المستأمن؛ لأن دمه إنما هو محقون في دارنا. وأما إذا رجع إلى داره صار مباح الدم.

والحقن: هو المنع، يقال: حقن دمه أي منعه أن يسفك.

والحقن أيضاً الحفظ.

قوله: (وَيُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ وَيَكُونُ الْقِصَاصُ لِسَيِّدِهِ) قال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد؛ لأن مبنى القصاص على المساواة، وهي منتفية بينهما، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه.

ولنا: قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [1]، وذلك يتناول الجميع.

قوله: (الْعَبْدُ الْحُرَّ) وهذا لاختلاف فيه؛ لأنه ناقص عن المقتول، فإذا جاز أن يستوي في الحر بالحر، وهو أكمل فهذا أولى.

قوله: (الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ) ولو قتل أحد العبدين الآخر، وهما لرجل واحد ثبت للمولى القصاص، وكذا المدبر إذا قتل عبداً لمولاه.

قوله: (يُقْتَلَ الْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ) وقال الشافعي: لا يقتل به، ولاختلاف أن المسلم إذا سرق من الذمي أنه يقطع.

قوله: (لاَ يُقْتَلُ بِالْمُسْتَأْمِنِ)؛ لأنه غير محقون الدم على التأبيد، ولا يقتل الذمي بالمستأمن، ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة، ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح وهو الكفر.

قوله: (وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ) والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وكذا بالمجنون وناقص الأطراف لقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [2]؛ ولأن المماثلة في النفس غير معتبرة حتى لو قتل رجل مقطوع اليدين والرجلين والأذنين والمذاكير ومفقود العينين، فإنه يجب القصاص إذا كان عمداً كذا في الخجندي.

قوله: (وَلاَ يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ وَلاَ بِعَبْدِهِ) لقوله عليه السلام: «لا يقاد والد بولده

---

(1) سورة المائدة: 45.

(2) سورة المائدة: 45.

ولا السيد بعبده»[1]، وتجب الدية في ماله في قتل الابن؛ لأن هذا عمد، والعاقلة لا تعقل العمد، وتجب في ثلاث سنين، وكذا لا قصاص على الأب فيما جنى على الابن فيما دون النفس أيضاً، وكذا حكم الجد وإن علا لا يقتل بابن الابن وكذا الجد من قبل الأم وإن علا الجد وسفل الولد، وكذا الأم وإن علت وكذا الجدات من قبل الأب الأم وإن علون. فأما الابن إذا قتل الأب أو الأم أو الجدة أو الجد وإن علا، فإنه يجب القصاص في النفس وفيما دونها إذا كان عمداً، وإن كان خطأ تجب الدية على العاقلة. والفرق أن الابن في حكم الجزء من الأب، والإنسان لا يجب عليه قصاص في بعض أجزائه. وأما الأب فليس في معنى الجزء من الولد فكان معه كالأجنبي ولو اشترك رجلان في قتل إنسان أحدهما يجب عليه القصاص لو انفرد والآخر لا يجب عليه القصاص كالأجنبي، والأب والخاطئ والعامد أو أحدهما بالسيف والآخر بالعصا فإنه لا يجب عليهما القصاص، وتجب الدية، والذي لا يجب عليه القصاص لو انفرد تجب الدية على عاقلته كالخاطئ، والذي تجب عليه القصاص لو انفرد تجب الدية في ماله، وهذا في غير شريك الأب. فأما الأب والأجنبي إذا اشتركا تجب الدية في مالهما؛ لأن الأب لو انفرد تجب الدية في ماله.

قوله: (وَلاَ بِعَبْدِهِ)؛ لأنه ماله، والإنسان لا يجب عليه بإتلاف ماله شيء؛ ولأنه هو المستحق للمطالبة بدمه، ومحال أن يستحق ذلك على نفسه.

قوله: (وَلاَ بِمُدَبَّرِهِ وَلاَ بِمُكَاتَبِهِ)؛ لأن المدبر مملوك، والمكاتب رق ما بقي عليه درهم، وكذا لا يقتل بعبده ملك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ.

قوله: (وَلاَ بِعَبْدِ وَلَدِهِ)؛ لأنه في حكم ملكه، قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[2]؛ لأنه لا يجب عليه الحد بوطء جارية ابنه فكذا لا يجب القصاص بقتلها

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (264/2): قوله: «لا يقاد الوالد بولده» الترمذي وابن ماجه وأحمد وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وأبو يعلى، من طريق حجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن عمر: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: فذكره. وأخرجه البيهقي من طريق ابن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن عبد الله بن عمرو، عن عمر به، وفيه قصة، وأخرجه من هذا الوجه الحاكم والدارقطني.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (102/2): حديث: «أنت ومالك لأبيك» ابن ماجه من حديث جابر: أن رجلاً قال يا رسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، قال: «أنت ومالك لأبيك» رجاله ثقات. وأخرجه الطبراني في الصغير من وجه آخر مطولاً، وفيه الشعر.

وفي الباب: عن عائشة أخرجه ابن حبان من رواية عبد الله بن كيسان عن عطاء عنها. وعن سمرة =

كأمته، وتجب الكفارة على المولى بقتل عبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده، فإن قتل المكاتب مولاه عمداً اقتص منه.

قوله: (وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصاً عَلَى أَبِيهِ سَقَطَ)؛ لحرمة الأبوة، وإذا سقط وجبت الدية.

وصورته: بأن قتل أم ابنه عمداً أو قتل أخا ولده من أمه وهو وارثه وعلى هذا كل من قتله الأب وولده وارثه، فإن قيل: كيف يصح قوله: «ورث»: والقصاص للوارث ثبت ابتداء بدليل أنه يصح عفو الوارث قبل موت المورث والمورث بملك القصاص بعد الموت، وهو ليس بأهل للتمليك في ذلك الوقت فيثبت للوارث ابتداء؟

قلنا: ثبت عند البعض بطريق الإرث أو نقول: بعين صورة يتحقق فيها الإرث بأن قتل رجل أبا امرأته يكون ولاية الاستيفاء للمرأة، ثم ماتت المرأة، ولها ولد من القاتل، فإنه يرث القصاص الواجب على أبيه كذا في المشكل.

قال في الكرخي: إذا عفى المجروح ثم مات فالقياس أن لا يصح عفوه؛ لأن القصاص يثبت ابتداء للورثة لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت فكأنه أبرأ من حق غيره. والاستحسان: يجوز عفوه؛ لأن الحق له، وإنما يقوم الوارث مقامه في استيفائه، فإذا أسقطه جاز ويكون من جميع المال؛ لأنه حق ليس بمال كالطلاق، وقالوا في الوارث إذا عفى عن الجارح قبل موت المجروح فالقياس أن لا يصح عفوه؛ لأنه عفى عن حق غيره؛ لأن المجروح لو عفى في هذه الحالة جاز، وإنما يثبت للوارث الحق بعد موته، فإذا عفى قبل ثبوت حقه لم يجز، والاستحسان: أن يجوز عفوه؛ لأن الحق يثبت للورثة عند الجرح لولا ذا لم يثبت لهم عند الموت، فإذا أبرأ عنه عند ثبوت سبب الموت، وهو الجراحة جاز.

قوله: (وَلاَ يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ إلاَّ بِالسَّيْفِ) سواء قتله به، أو بغيره من المحدد، أو النار.

وقال الشافعي: يقتل بمثل الآلة التي قتل بها، ويفعل به ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً، فإن مات وإلا تحرير رقبته؛ لأن مبنى القصاص على المساواة.

ولنا: قوله عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف»(1)، وقال عليه السلام: «لا تعذبوا

= أخرجه البزار والطبراني والعقيلي في ترجمة عبد الله بن إسماعيل. وعن عمر أخرجه البزار وابن عدي في الكامل في ترجمة سعيد بن بشير. وعن ابن مسعود في المعجمين الكبير والأوسط والكامل أيضاً. وعن ابن عمر عند أبي يعلى والبزار بإسنادين مختلفين.

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (264/2): حديث: «لا قود إلا =

عباد الله»[1].

قوله: (إِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْداً وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلاَّ الْمَوَلَى فَلَهُ الْقِصَاصُ) هذا على ثلاث أوجه:

1 - إن لم يترك وفاء فللمولى القصاص إجماعاً؛ لأنه مات وهو ملك المولى؛ لأنه مات عبداً والحر يقتل بالعبد.

2- وإذا ترك وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص فيه إجماعاً؛ لأن الجراحة وقعت والمستحق المولى لبقاء الرق فيه وحصل الموت والمستحق غير المولى، فلما تغير المستحق صار ذلك شبهة في سقوط القصاص كمن جرح عبده وباعه ومات في يد المشتري لا يثبت للمشتري قصاص؛ لأنه لم يكن له حق عند الجراحة.

3- وإن ترك وفاء وليس وارث إلا المولى فللمولى القصاص عندهما.

وقال محمد: لا قصاص له؛ لأن المولى يستحق عند الجراحة بسبب الملك، وعند الموت بسبب الولاء فلما اختلف جهتها الاستحقاق صار كاختلاف المستحق فمنع القصاص.

ولهما: أن المولى هو المستحق لحقوق المكاتب في الحالين فوجب له القصاص كما لو مات عن غير وفاء.

قوله: (وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً وَوَارِثُهُ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلاَ قِصَاصَ لَهُمْ وَإِنْ اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَى)؛ لأن المولى سقط حقه بالعتق، فاجتماعه مع الوارث لا يعتد به، فبقي الوارث وحده، وقد بينا أنه لا قصاص له.

قوله: (وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ لَمْ يَجِبْ الْقِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ، وَالْمُرْتَهِنُ)؛ لأن المرتهن لا ملك له، فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين، فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وهذا قولهما.

وقال محمد: لا قصاص له، وإن اجتمعا.

=

بالسيف» ابن ماجه والبزار من طريق الحر بن مالك، عن مبارك بن فضالة، عن الحسن، عن أبي بكرة بهذا، قال البزار: أحسب الحر أخطأ فيه، فإن الناس يرسلونه، انتهى. وقد تابعه وليد بن صالح عن مبارك أخرجه الدارقطني والبيهقي. وأخرجه ابن عدي في ترجمة الوليد، وقال: أحاديثه غير محفوظة، والمرسل الذي أشار إليه أخرجه أحمد قال: حدثنا هشيم، حدثنا أشعث، عن الحسن يرفعه: «لا قود إلا بحديدة».

(1) تقدم تخريجه.

وعن أبي يوسف: مثله.

وقيد بـ«اجتماعهما» حتى لو اختلفا، فلهما القيمة تكون رهناً مكانه، ولو قتل عبد الإجارة يجب القصاص للمؤجر. وأما المبيع إذا قتل في يد البائع قبل القبض، فإن اختار المشتري إجازة البيع، فله القصاص؛ لأنه ملكه، وإن اختار رد المبيع، فللبائع القصاص عند أبي حنيفة؛ لأن المشتري إذا رد المبيع انفسخ العقد من أصله، فكأنه لم يكن.

وقال أبو يوسف: لا قصاص وللبائع القيمة؛ لأن البائع لم يثبت له القصاص عند الجراحة؛ لأن الملك كان للمشتري، فلا يثبت له بعد ذلك.

قوله: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلاً عَمْدًا فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ)؛ لأن سبب القتل وجد منه واتصل بالموت، ولم يوجد بينهما ما يسقط القصاص، ولو شق بطن رجل وأخرج أمعاءه، ثم ضرب آخر عنقه بالسيف عمداً، فالقاتل الذي ضرب العنق؛ لأنه قد يعيش بعد شق البطن، ولا يعيش بعد ضرب العنق، فإن كان ضرب رقبته خطأ، فعليه الدية، وعلى الذي شق البطن ثلث الدية أرش الجائفة، فإن كان الشق نفذ من الجانب الآخر وجب ثلثا الدية، وهذا إذا كان الشق يتوهم معه الحياة بأن كان يعيش معه يوماً، أو بعض يوم. أما إذا كان لا يتوهم معه الحياة، وإنما يضطرب اضطراب المقتول، فالقاتل الذي شق البطن، فيقتص منه في العمد، وتجب الدية في الخطأ، والذي ضرب العنق يعزر؛ لأنه ارتكب المنكر ولا ضمان عليه؛ لأنه ذبح المفروغ منه، وكذا إذا جرحه جراحة لا يعيش منها وجرحه آخر، فالقاتل هو الأول، وهذا إذا كانت الجراحتان على التعاقب. أما إذا كانتا معاً فهما قاتلان، ولو قطع يد إنسان ورجليه إن مات من ذلك اقتص منه وتحز رقبته ولا يقطع يداه ورجلاه.

وعند الشافعي: يفعل به مثل ما فعل، فإن مات وإلا قتل بالسيف.

{مطلب في القصاص فيما دون النفس}

قوله: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ مِنْ الْمَفْصِلِ عَمْدًا قُطِعَتْ يَدُهُ، وَلَوْ كَانَتْ أَكْبَرَ مِنْ يَدِ الْمَقْطُوعِ) وهذا كان بعد البرء ولا قصاص قبل البرء.

قوله: (وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ وَمَارِنُ الأَنْفِ وَالأُذُنُ) يعني أنه يجب بقطع ذلك القصاص. أما الرجل فمعناه إذا قطعها من مفصل القدم، أو من مفصل الركبة. وأما الأنف، فإن قطع منه المارن وجب القصاص؛ لأنه يمكن فيه المماثلة وهو ما لاَنَ منه. وأما إذا قطع بعض القصبة، أو كلها، فلا قصاص؛ لأنه عظم ولا قصاص في العظم لتعذر

المماثلة إلا السن. وأما الأذن إذا قطعها من أصلها وجب القصاص لإمكان المماثلة، وإن قطع بعضها إن كان ذلك البعض يمكن فيه المماثلة وجب القصاص بقدره وإلا فلا.

قوله: (وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ فَقَلَعَهَا فَلاَ قِصَاصَ فِيهَا)؛ لأنه لا يمكن استيفاء القصاص لعدم المماثلة.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً وَذَهَبَ ضَوْءُهَا فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ) وأما إذا انخسفت، أو قورت، فلا قصاص.

وكيفية القصاص فيها: إذا كانت قائمة ما ذكره الشيخ.

وهو قوله: «تحمى له المرآة، ويجعل على وجهه قطن رطب»، أي مبلول عينه الأخرى بقطن رطب أيضاً.

قوله: (وَيُقَابَلُ عَيْنُهُ بِالْمِرْآةِ، حَتَّى يَذْهَبَ ضَوْءُهَا) قضى بذلك علي كرم الله وجهه بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف.

وأجمع المسلمون على أنه لا يؤخذ العين اليمنى باليسرى، ولا اليسرى باليمنى، وكذا اليدان، والرجلان وكذا أصابعهما، ويؤخذ إبهام اليمنى باليمنى السبابة بالسبابة، والوسطى بالوسطى، ولا يؤخذ شيء من أعضاء اليمنى، إلا باليمنى ولا اليسرى إلا باليسرى.

قوله: (وَفِي السِّنِّ الْقِصَاصُ) لقوله تعالى: ﴿ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾ [1] وسواء كان سن المقتص منه أكبر، أو أصغر؛ لأن منفعتها لا تتفاوت، وكذا اليد، ومن نزع سن رجل، فانتزع المنـــزوعة سنه سن النازعــ فنبت سن الأولــ فعلى الأول: خمسمائة درهم؛ لأنه تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأنه لما نبتت أخرى انعدمت الجناية؛ ولهذا يستأني حولاً.

وقيل: إن في سن البالغ لا يستأني؛ لأن الغالب فيها أنها لا تنبت، والنادر لا عبرة به، كذا في المبسوط، لكن هذه الرواية في القلع. أما في التحريك يستأني حولاً صغيراً كان، أو كبيراً، ولو قلعها من أصلها عمداً لم تقلع سن القالع، بل تؤخذ بالمبرد إلى أن تنتهي إلى اللحم، ويسقط ما سوى ذلك.

قوله: (وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ يُمْكِنُ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ الْقِصَاصُ) لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [2].

---

(1) سورة المائدة: 45.

(2) سورة المائدة: 45.

قوله: (وَلاَ قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلاَّ فِي السِّنِّ) ولا تؤخذ اليمنى باليسرى، ولا اليسرى باليمنى، وتؤخذ الثنية بالثنية، والناب بالناب، والضرس بالضرس، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى. ولو كسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بقدر ذلك بالمبرد ولا قصاص في السن الزائدة، وإنما تجب حكومة عدل، ولا قصاص في اللطمة، واللكمة، واللكزة، والوجاءة، والدقة.

قوله: (وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ) سواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح، أو غيره، ففيه القصاص. وإذا آلت الضربة إلى النفس، فإن كانت بحديدة، أو خشبة محددة، ففيه القصاص إجماعاً، وإن كانت بشيء لا يعمل عمل السلاح، ففيه الدية على العاقلة؛ لأن السراية تبع للجناية.

قوله: (وَلاَ قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ، وَالْمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ) حتى لو قطع يدها عمداً لا يجب القصاص؛ لأن الأرش مختلف المقدار، والتكافؤ معتبر فيما دون النفس بدليل أنه لا يقطع اليمين باليسار ولا اليد الصحيحة بالشلاء وناقصة الأصابع بخلاف القصاص في الأنفس، فإن التكافؤ لا يعتبر فيه؛ ولهذا يقتل الصحيح بالزمن، والجماعة بالواحد، فإن كان التكافؤ معتبراً فيما دون النفس، فلا تكافؤ بين يد الرجل، والمرأة؛ لأن يدها تصلح لما لا يصلح له يده كالطحن، والخبز، والغزل وإذا سقط القصاص وجب الأرش في ماله حالاً.

وقال الشافعي: يجري القصاص بينهما اعتباراً بالأنفس.

قوله: (وَلاَ بَيْنَ الْحُرِّ، وَالْعَبْدِ)؛ لأن يد العبد لا تكافئ يد الحر؛ لأن أرشهما مختلف، فأرش يد العبد قيمتها.

قوله: (وَلاَ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ)؛ لأن اتفاقهما لا يعرف إلا بالحزر، والظن.

قوله: (وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بَيْنَ الْمُسْلِمِ، وَالْكَافِرِ) يعني الذمي، وكذا بين المرأتين الحرتين، والمسلمة، والكتابية، وكذا بين الكتابيتين، ولو رمى بسهم إلى مسلم، فقبل أن يقع فيه السهم ارتد المرمي إليه، فوقع به فقتله، فإنه تجب الدية على عاقلة الرامي في الخطأ، وفي ماله في العمد وسقط القصاص للشبهة، وهذا عند أبي حنيفة. فاعتبر حالة خروج السهم.

وعندهما: لا ضمان عليه؛ لأنه قتل نفساً مباحة الدم، ولو رمى إلى مرتد، فأسلم قبل وقوع السهم، ثم وقع به وهو مسلم، فلا شيء عليه.

وقال زفر: تجب الدية؛ لأنه يعتبر حالة الإصابة.

قوله: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ أَوْ جَرَحَهُ جَائِفَةً فَبَرَأَ مِنْهَا، فَلاَ قِصَاصَ عَلَيْهِ)؛ لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة في ذلك؛ لأن الساعد عظم، ولا قصاص في عظم؛ ولأن هذا كسر، ولا يمكن أن يكسر ساعده مثل ما كسره، وكذا إذا قطع نصف الساق، وكذا إذا جرحه جائفة لا قصاص؛ لأنه لا يمكن المماثلة ويجب الأرش.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ يَدُ الْمَقْطُوعِ صَحِيحَةً وَيَدُ الْقَاطِعِ شَلاَّءَ أَوْ نَاقِصَةَ الأَصَابِعِ فَالْمَقْطُوعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْيَدَ الْمَعِيبَةَ وَلاَ شَيْءَ لَهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلاً) ولا يشبه هذا إذا قطع له أصبعين، وليس للقاطع إلا أصبع واحدة، فإنه يقطعها ويأخذ أرش الأخرى. ومن قطع أصبعاً زائدة، وفي يده مثلها، فلا قصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنها تجري مجرى التولول، وذلك لا قصاص فيه.

ومن قطع يد رجل عمداً فاقتص منه ثم مات المقتص منه من ذلك، فديته على المقتص له عند أبي حنيفة؛ لأنه استوفى غير حقه؛ لأن حقه اليد، وقد استوفى في النفس.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه؛ لأنه كان مأذوناً له في القطع، فلا يجب عليه ضمان ما يحدث منه.

مسألة: إذا قال لرجل: اقطع يدي وذلك لعلاج كما إذا وقعت فيها أكلة، فلا بأس به، وإن كان من غير علاج لا يحل له قطعها في الحالين ثم لو سرى إلى النفس لا يضمن؛ لأن الجناية كانت بالأمر وإن قال له: اقتلني لا يحل له قتله، فإن قتله لا قصاص عليه للشبهة. ويجب الدية في ماله.

وإن قال: اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه شيء. والحجام والختان والبزاع والفصاد لا ضمان عليهم فيما يحدث من ذلك في النفس إذا كان بالأذن.

قوله: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً شَجَّةً فَاسْتَوْعَبَتْ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ وَهِيَ لاَ تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْ الشَّاجِّ فَالْمَشْجُوجُ بِالْخِيَارِ) إن شاء (اقْتَصَّ بِمِقْدَارِ شَجَّتِه يَبْتَدِئُ مِنْ أَيِّ الْجَانِبَيْنِ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلاً) يعني يأخذ مقدارها طولاً وعرضاً، وكذا إذا كانت الشجة لا تأخذ ما بين قرني المشجوج، وهي تأخذ ما بين قرني الشاج، فإنه يخير المشجوج أيضاً إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص قدر ما بين قرني الشاج لا يزيد عليه شيئاً؛ لأنه يتعذر الاستيفاء كاملاً للتعدي إلى غير حقه، وإن شجه في مقدم الرأس ليس له أن يشجه في مؤخره.

قوله: (وَلاَ قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ) هذا إذا قطع بعضه. أما إذا قطع من أصله. فذكر في الأصل: أنه لا قصاص أيضاً.

وعن أبي يوسف: فيه القصاص.

قوله: (وَلاَ فِي الذَّكَرِ إِذَا قُطِعَ)؛ لأنه ينقبض وينبسط، فلا يمكن المساواة.

وعن أبي يوسف: أنه إذا قطع من أصله يجب القصاص.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَقْطَعَ الْحَشَفَةَ)؛ لأن موضع القطع معلوم كالمفصل، وإن قطع بعضها، فلا قصاص؛ لأنه لا يعلم مقدار ذلك، والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان المماثلة بخلاف ما إذا قطع بعضها؛ لأنه يتعذر المساواة.

{مطلب إذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول}

قوله: (وَإِذَا اصْطَلَحَ الْقَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ عَلَى مَالٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ وَوَجَبَ الْمَالُ قَلِيلاً كَانَ أَوْ كَثِيرًا) ثم إذا لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً، فهو حال إلا أن يشترط فيه الأجل.

قوله: (وَإِنْ عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ فِي الدَّمِ أَوْ صَالَحَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى عِوَضٍ سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ مِنْ الْقِصَاصِ وَكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِنْ الدِّيَةِ)؛ لأن القصاص لا يتبعض، فإذا سقط بعضه سقط كله بخلاف ما إذا قتل رجل رجلين وعفا أحد الوليين، فإنه يجب القصاص للآخر؛ لأن الواجب هناك قصاصان، وهنا الواجب قصاص واحد، وإنما انقلب حق الباقين مالاً؛ لأن القصاص لما تعذر بغير فعلهم انتقل إلى المال. وأما العافي، فلا شيء له من المال؛ لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم ما يجب للباقين من المال في مال القاتل؛ لأنه عمد، والعمد لا تعقله العاقلة، ويجب في مال القاتل في ثلاث سنين. ولو عفا أحد الشريكين عن القصاص، فقتله الآخر ولم يعلم بالعفو، أو علم، ولكن لا يعلم أنه يسقط القصاص، فلا قود عليه، ويجب عليه في ماله نصف الدية.

وقال زفر: عليه القود؛ لأن القصاص قد سقط بالعفو، فصار كمن ظن أن رجلا قتل أباه فقتله، ثم تبين أنه لم يقتل أباه. وأما إذا كان عالماً بعفو صاحبه، ويعلم أن دمه صار حراماً عليه، فإنه يجب القصاص إجماعاً، وله على المقتول نصف الدية.

مسألة: رجل قتل رجلين ووليهما واحد، فعفا الولي عن القصاص في أحدهما ليس له أن يقتله بالآخر؛ لأنه لا يستحق إلا نسمة واحدة في الاثنين، فإذا عفا في أحدهما، فكأنه أسقط القصاص في نصفه وهو لا يتبعض، وليس لبعض الورثة أن يقتص دون بعض، حتى يجتمعوا فإن كان بعضهم غائباً لم يقتل القاتل، حتى يحضروا جميعا لجواز أن يكون الغائب، قد عفا وليس للغائب أن يوكل في القصاص؛ لأن الوكيل لو استوفى مع غيبته استوفاه مع قيام الشبهة لجواز أن يكون الموكل قد عفا بخلاف ما إذا وكله وهو

حاضر، فإنه يجوز؛ لأنه لا شبهة فيه؛ لأنه لو عفا لأظهر العفو، ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص رجل، أو امرأة، أو أم، أو جدة، أو كان المقتول امرأة، فعفا زوجها، فلا سبيل إلى القصاص؛ لأن الدم موروث على فرائض الله تعالى.

قوله: (وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا أُقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ) لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، فقتلهم عمر رضي الله عنه، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به.

قوله: (وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً فَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِينَ قُتِلَ بِجَمَاعَتِهِمْ وَلاَ شَيْءَ لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قُتِلَ لَهُ وَسَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ)؛ لأن القصاص لا يتبعض، فإذا قتل بجماعة صار كأن كل واحد منهم قتله على الانفراد.

قوله: (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فَمَاتَ سَقَطَ الْقِصَاصُ) لفوات المحل.

قوله: (وَإِذَا قَطَعَ رَجُلاَنِ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَلاَ قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا)؛ لأن اليد تتبعض، فيصير كل واحد منهما آخذاً لبعضها، وذلك لا يوجب القصاص بخلاف النفس؛ لأن الإزهاق لا يتجزأ.

قوله: (وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) يعني نصف دية جميع الإنسان؛ لأن دية اليد نصف دية النفس، ويكون ذلك عليهما نصفين، وكذا إذا جنى رجلان على رجل فيما دون النفس مما يجب على الواحد فيه القصاص لو انفرد، فلا قصاص عليهما كما لو قلعا سنه، أو قطعا يده، أو رجله وعليهما الأرش نصفان، وكذلك ما زاد على ذلك في العدد، فهو بمنـــزلة هذا لا قصاص عليهم، وعليهم الأرش على عددهم بالسوية.

وقال الشافعي: يجب القصاص على القاطعين وإن كثروا.

قوله: (وَإِذَا قَطَعَ وَاحِدٌ يُمْنَى رَجُلَيْنِ فَحَضَرَا فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَمِينَهُ وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ يَقْتَسِمَانِهَا نِصْفَيْنِ) يعني يأخذان منه دية يد واحدة يقتسمانها؛ لأن كل واحد منهما أخذ بعض حقه وبقي له البعض، فيرجع في ذلك القدر إلى الأرش.

قوله: (وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا قَطَعَ يَدَهُ وَلِلآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةٍ) يعني نصف دية جميع الإنسان، وإنما يثبت له قطع يده مع غيبة الآخر؛ لأن حقه ثابت في جميع اليد، وإنما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة، فإذا غاب الآخر، فلا مزاحمة، فجاز له أن يقتص، ولا يلزمه انتظار الغائب؛ لأن الغائب يجوز أن يطلب حقه، ويجوز أن يعفو، فإذا حضر الغائب كان له دية يده، وإذا عفا أحدهما بطل حقه، وكان للثاني أن يقطع يده وإن ذهبت يده بآفة سماوية لا شيء عليه؛ لأن ما تعين فيه القصاص فات بغير فعله.

ومن قطع يد رجل عمداً، ثم قتله عمداً قبل أن يبرأ، فإن شاء الإمام قال: اقطعوه، ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتلوه، وهذا قول أبي حنيفة.

وعندهما: يقتل، ولا يقطع.

معناه: أن عند أبي حنيفة للولي أن يقطع يده، ثم يقتله، وعندهما: يقتله، وسقط حكم اليد.

قوله: (وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ لَزِمَهُ الْقَوَدُ) وقال زفر: لا يصح إقراره؛ لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال، فصار كما إذا أقر بمال.

ولنا: أنه غير متهم فيه؛ لأنه مضر بنفسه، فقيل: إقراره على نفسه، وأما إذا أقر بقتل الخطأ لم يلزم المولى، وكان في رقبة العبد إلى أن يعتق.

قوله: (وَمَنْ رَمَى رَجُلاً عَمْدًا فَنَفَذَ مِنْهُ السَّهْمُ إِلَى آخَرَ فَمَاتَا فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِلأَوَّلِ، وَالدِّيَةُ لِلثَّانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ)؛ لأنهما جنايتان إحداهما: عمد وموجبها القصاص، والثانية: خطأ، وموجبها الدية، وما أوجب الدية كان على العاقلة.

كتاب الديات

الدية: بدل النفس.

والأرش: اسم للواجب بالجناية على ما دون النفس.

والدية: عبارة عما يؤدى في بدل الإنسان دون غيره.

والقيمة: اسم لما يقوم مقام الغائب، ولم يسم الدية قيمة؛ لأن في قيامها مقام الفائت قصوراً لعدم المماثلة بينهما.

ثم الدية تجب في قتل الخطأ وما جرى مجراه، وفي شبه العمد، وفي القتل بسبب، وفي قتل الصبي، والمجنون؛ لأن عمدهما خطأ. وهذه الديات كلها على العاقلة إلا قتل الأب ابنه عمداً، فإنها في ماله في ثلاث سنين، ولا تجب على العاقلة.

قوله رحمه الله: (إِذَا قَتَلَ رَجُلٌ رَجُلاً شَبَهَ عَمْدٍ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ) سمي هذا القتل شبه عمد؛ لأنه شابه العمد حين قصد به القتل، وشابه الخطأ حين لم يضربه بسلاح، ولا بما جرى مجراه، فصار عمداً خطأً.

قوله: (وَدِيَةُ شَبَهِ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ مِائَةٌ مِنْ الإِبِلِ أَرْبَاعًا إِلَى آخِرِهِ) وقال محمد: أثلاثاً ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ثنية كلها حاملات في بطونها أولادها يعني الأربعين.

قوله: (وَلاَ يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إِلاَّ فِي الإِبِلِ خَاصَّةً)؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم لم يثبتوه إلا فيها.

قوله: (فَإِنْ قَضَى بِالدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ الإِبِلِ لَمْ تَتَغَلَّظْ) حتى أنه لا يزاد في الفضة على عشرة آلاف، ولا في الذهب على ألف دينار.

قوله: (وَقَتْلُ الْخَطَأ يَجِبُ فِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الْقَاتِلِ) لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾[1].

قوله: (وَالدِّيَةُ فِي الْخَطَأ مِائَةٌ مِنْ الإِبِلِ أَخْمَاسًا إِلَى آخِرِهِ) وكذا عند مالك والشافعي إلا أنهما جعلا بدل ابن المخاض ابن لبون.

قوله: (وَمِنْ الْعَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ) وهذا لا خلاف فيه.

قوله: (وَمِنْ الْوَرِقِ عَشَرَةُ آلاَفٍ) يعني وزن سبعة.

وقال مالك والشافعي: اثنا عشر ألف درهم.

---

(1) سورة النساء: 92.

قوله: (وَلاَ تَثْبُتُ الدِّيَةُ إلاَّ مِنْ هَذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلاَثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَمِنْ الْبَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ وَمِنَ الْغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ، وَمِنْ الْحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ) إزار ورداء قيمة كل حلة خمسون درهماً، وقيمة كل بقرة خمسون درهماً، وقيمة كل شاة خمسة دراهم.

قوله: (وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ، وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ) قال في النهاية: ولا دية في المستأمن على الصحيح.

وقال الشافعي: دية اليهودي، والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم.

وأما المرأة: فديتها نصف دية الرجل بلا خلاف؛ لأن المرأة جعلت على النصف من الرجل في ميراثها وشهادتها، فكذا في ديتها، وما دون النفس من المرأة معتبر بديتها.

وقال سعيد بن المسيب: تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها. معناه: أن ما كان أقل من ثلث الدية فالرجل، والمرأة فيه سواء.

وقد روي أن ربيعة بن عبد الرحمن سأل ابن المسيب عن رجل قطع أصبع امرأة، فقال: فيها عشر من الإبل، قال: فإن قطع أصبعين، قال: فيها عشرون من الإبل، قال: فإن قطع ثلاث أصابع، قال: فيها ثلاثون، قال: فإن قطع أربعاً، قال: فيها عشرون من الإبل، قال: ربيعة لما عظم ألمها وزادت مصيبتها، قل: أرشها، فقال له: أعراقي أنت؟

قال: لا، بل جاهل متعلم، قال: هكذا السنة أراد سنة زيد بن ثابت.

قوله: (وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ، وَفِي الْمَارِنِ الدِّيَةُ) وهو ما لاَنَ من الأنف، ويسمى الأرنبة، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة؛ لأنه عضو واحد.

قوله: (وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ) يعني اللسان الفصيح. أما لسان الأخرس ففيه حكومة، وكذا في قطع بعض اللسان إذا منع الكلام تجب الدية كاملة لتفويت المنفعة المقصودة منه، فإن قدر على التكلم ببعض الحروف دون بعض قسمت الدية على عدد الحروف، وهي ثمانية وعشرون حرفاً فما قدر عليه من الحروف، لا يجب عليه فيه شيء، وما لا يقدر عليه فيه الدية بقسطه. والصحيح أنه يقسم على حروف اللسان وهي ثمانية عشر حرفاً: الألف، والتاء، والثاء، والدال، والجيم، والذال، والراء، والزاي، والسين، والشين، والصاد، والضاد، والطاء، والظاء، والكاف، واللام، والنون، والياء.

قال الإمام خواهر زاده: والأول أصح.

قوله: (وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ) يعني الذكر الصحيح. أما ذكر العنين، والخصي، والخنثى

ففيه حكومة عدل، وإنما وجبت الدية بقطع الذكر؛ لأنه يفوت بذلك منفعة الوطء، والإيلاج، والرمي بالبول ودفع الماء الذي هو طريق الإعلاق، وكذا في الحشفة الدية كاملة؛ لأنها أصل في منفعة الإيلاج، والدفق، والقصبة كالتابع لها، وهذا كله إذا قطع الذكر، والأنثيان باقيتان، أما إذا قطع، وقد كانتا قطعتا ففيه حكومة؛ لأنه بقطعها يصير خصياً، وفي ذكر الخصي حكومة؛ ولأنه لا منفعة للذكر مع فقدهما، وإن قطع الأنثيين، والذكر بدفعة واحدة إن قطعهما عرضا يجب ديتان وإن قطعهما طولاً إن قطع الذكر أولاً، ثم الأنثيين يجب ديتان وإن بدأ بالأنثيين أولاً، ثم بالذكر ففي الأنثيين الدية كاملة، وفي الذكر حكومة؛ لأنه لا منفعة للذكر مع فقدهما.

قال أبو الحسن: الأعضاء التي تجب في كل عضو منها دية كاملة ثلاثة اللسان، والأنف، والذكر.

قوله: (**وَفِي الْعَقْلِ إِذَا ضَرَبَ رَأْسَهُ فَذَهَبَ عَقْلُهُ الدِّيَةُ**)؛ لأن بذهاب العقل يتلف منفعة الأعضاء، فصار كتلف النفس؛ ولأن أفعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم، وكذا إذا ذهب سمعه، أو بصره، أو شمه، أو ذوقه، أو كلامه.

وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى في رجل واحد بأربع ديات ضرب على رأسه، فذهب عقله وكلامه وسمعه وبصره.

قوله: (**وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتْ الدِّيَةُ**) يعني لحية الرجل. أما لحية المرأة، فلا شيء فيها؛ لأنها نقص.

وحكي عن أبي جعفر الهندواني: أن اللحية على ثلاثة أوجه:

1 - إن كانت وافرة تجب الدية كاملة.

2- وإن كانت شعيرات قليلة مجتمعة لا يقع بها جمال كامل ففيها حكومة.

3- وإن كانت شعرات متفرقات تشينه، فلا شيء فيها؛ لأنه أزال عنه الشين، فإن نبتت بيضاء.

فعن أبي حنيفة: لا يجب فيها شيء في الحر، وفي العبد تجب حكومة؛ لأنها تنقص قيمته.

وعندهما: تجب حكومة في الحر أيضاً، ويستوي العمد، والخطأ في ذلك على المشهور، وفي الشارب حكومة وهو الأصح؛ لأنه تابع للحية، فصار كبعض أطرافها، وفي لحية العبد روايتان: في رواية الأصل: حكومة، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: قيمته؛ لأن القيمة فيها كالدية في الحر، كذا في الكرخي، وفي الحاجبين الدية، وفي أحدهما نصف الدية.

قوله: (وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ) يعني إذا لم ينبت سواء حلقه، أو نتفه، ويستوي في ذلك الرجل، والمرأة؛ لأنهما يستويان في التجمل به. وأما شعر الصدر، والساق ففيه حكومة؛ لأنه لا يتجمل به الجمال الكامل ولا قصاص في الشعر؛ لأنه لا يمكن المماثلة فيه، وإن حلق رأس رجل فنبت أبيض، فعند أبي حنيفة: لا شيء فيه.

وعند أبي يوسف: فيه حكومة، وإن كان عبداً ففيه أرش النقصان.

قوله: (وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي ثَدْيَيْ الْمَرْأَةِ الدِّيَةُ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الأَشْيَاءِ نِصْفُ الدِّيَةِ) وفي عين الأعور المبصرة نصف الدية، وكذا في عين الأحول، والأعمش.

وقوله: «وفي ثديي المرأة الدية»: يعني دية المرأة، وهي نصف دية الرجل، وفي أحدهما نصف دية المرأة، وفي حلمتي ثدييها الدية كاملة لفوات الإرضاع وإمساك اللبن، وفي أحدهما نصف الدية، وفي ثديي الخنثى عند أبي حنيفة: ما في ثديي المرأة وعندهما نصف ما في ثديي الرجل ونصف ما في ثديي المرأة على أصلهما في الميراث، وفي يد الخنثى ما في يد المرأة عند أبي حنيفة، وعندهما: نصف ما في يد الرجل ونصف ما في يد المرأة، فإن قتل الخنثى عمداً ففيه القصاص، وفي ثديي الرجل حكومة.

قوله: (وَفِي أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا رُبْعُ الدِّيَةِ) هذا إذا لم ينبت. أما إذا نبت، فلا شيء عليه ولا قصاص فيه إذا لم ينبت؛ لأنه شعر، ولا قصاص في الشعر، ولو قطع الجفون بأهدابها، ففيها دية واحدة؛ لأن الكل كشيء واحد، وصار كالمارن مع القصبة.

قوله: (وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ، وَالرِّجْلَيْنِ عُشْرُ الدِّيَةِ) لقوله عليه السلام: «في كل أصبع عشر من الإبل»[1].

---

(1) قال عليه السلام: «وفي كل أصبع عشر من الإبل»؛ قلت: روي من حديث أبي موسى؛ ومن حديث بن عباس؛ ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده؛ ومن حديث عمرو بن حزم؛ ومن حديث عمر بن الخطاب.

فحديث أبي موسى: أخرجه أبو داود، والنسائي عن سعيد بن أبي عروبة عن غالب التمار عن حميد بن هلال عن مسروق بن أوس عن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «الأصابع سواء، عشر عشر من الإبل»، انتهى. وأخرجه أبو داود عن شعبة عن غالب التمار عن مسروق به، ليس بينهما حميد بن هلال.

انظر للتفصيل: في نصب الراية (4/372-373).

قوله: (وَالأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) يعني صغيرها وكبيرها سواء قطع الأصابع دون الكف، أو قطع الكف، وفيه الأصابع وكذا القدم مع الأصابع، ولو قطع الكف مع الزند، وفيه الأصابع فعليه دية الأصابع، ويدخل الكف فيها تبعاً؛ لأن الكف لا منفعة فيها إلا بها وإن قطع اليد من نصف الساعد ففي الأصابع: ديتها، وفي الساعد: حكومة عندهما.

وقال أبو يوسف: يدخل أرش الساعد في دية الأصابع، وإن قطع الذراع من المفصل خطأ ففي الكف، والأصابع نصف الدية، وفي الذراع حكومة عندهما.

وقال أبو يوسف: فيه نصف الدية، والذراع تبع وما فوق الكف تبع، وكذا لو قطع اليد مع العضد، أو الرجل مع الفخذ ففيه نصف الدية وما فوق القدم عنده تبع.

وقال أبو حنيفة: لا يتبع الأصابع غير الكف، وكذا أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم.

قوله: (وَكُلُّ أُصْبُعٍ فِيهَا ثَلَاثُ مَفَاصِلَ فَفِي أَحَدِهَا ثُلُثُ دِيَةِ الأُصْبُعِ وَمَا فِيهَا مَفْصِلَانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَةِ الأُصْبُعِ)؛ لأن ما في الأصبع يتقسم على أصلها كما انقسم ما في اليد على عدد الأصابع، والقطع، والشلل سواء إذا ذهبت منفعته بالجناية عليه.

قوله: (وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنْ الإِبِلِ) يعني إذا كان خطأً. أما في العمد يجب القصاص، ودية سن المرأة نصف دية سن الرجل.

وقوله: «خمس من الإبل»: وهو نصف عشر الدية، وإن كان من الدراهم، فخمسمائة درهم وهذا إذا سقطت، أو اسودت، أو اخضرت، أو احمرت ولم تسقط فإن فيها الأرش تاماً ولا قصاص فيها إجماعاً؛ لأنه لا يمكن أن يضرب سنه فتسود، أو تخضر ويجب الأرش في ماله. وأما إذا اصفرت، فعن أبي حنيفة: روايتان: في رواية: تجب حكومة، وفي رواية: إن كان مملوكاً، فحكومة وإن كان حراً، فلا شيء فيها.

وفي الخجندي: إذا احمرت، أو اصفرت، فعند أبي حنيفة: إن كان حراً، فلا شيء وإن كان عبداً فحكومة، وعندهما حكومة في الحر، والعبد.

وعند زفر: يجب أرشها تاماً.

قوله: (وَالأَسْنَانُ وَالأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ)؛ لأنها متساوية في المعنى؛ لأن الطواحين وإن كان فيها منفعة الطحن، ففي الضواحك زينة تساوي ذلك، ولو ضرب رجلاً على فمه حتى أسقط أسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون منها عشرون ضرساً وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك كان عليه دية وثلاثة أخماس دية، وهي من الدراهم ستة عشر ألف

درهم في السنة الأولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماسها، وفي السنة الثانية ثلث الدية وما بقي من الثلاثة الأخماس، وفي السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقي من الدية الكاملة.

قوله: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا فَأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ كَمَا لَوْ قَطَعَهُ كَالْيَدِ إِذَا شُلَّتْ، وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا) لأن المقصود من العضو المنفعة، فذهاب منفعته كذهاب عينه، ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه يجب الدية، وكذا لو أحدبه؛ لأنه فوت جمالاً على الكمال، وهو استواء القامة، فإن زالت الحدوبة لا شيء عليه.

قوله: (وَالشِّجَاجُ عَشَرَةٌ) يعني التي تختص بالوجه، والرأس؛ لأن ما سوى ذلك مما يقع في البدن لا يقال له شجة، وإنما يقال له جراحة.

قوله: (الْحَارِصَةُ، وَالدَّامِعَةُ، وَالدَّامِيَةُ، وَالْبَاضِعَةُ، وَالْمُتَلاَحِمَةُ) فالحارصة: التي تحرص الجلد، ولا يخرج منه الدم.

والدامعة: التي يخرج منها ما يشبه الدمع. وقيل: التي تظهر الدم ولا تسيله.

والدامية: التي يخرج منها الدم ويسيل.

والباضعة: التي تبضع اللحم أي تقطعه.

والمتلاحمة: هي التي تذهب في اللحم أكثر من الباضعة.

قوله: (وَالسِّمْحَاقُ، وَالْمُوضِحَةُ، وَالْهَاشِمَةُ، وَالْمُنَقِّلَةُ، وَالآمَّةُ) فالسمحاق: التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى تلك الجلدة السمحاق لخفتها ورقتها، ومنه قيل للغيم الرقيق: سماحيق.

والموضحة: هي التي توضح العظم أي تبينه.

والهاشمة: هي التي تهشم العظم أي تكسره.

والمنقلة: هي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله.

والآمة: هي التي تصل إلى أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ.

وقيل: هي التي تصل إلى أم الرأس، وهي التي فيها الدماغ وبعدها الدامغة، وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها الشيخ؛ لأن الإنسان لا يعيش معها في الغالب، فلا معنى لذكرها.

قوله: (فَفِي الْمُوضِحَةِ الْقِصَاصُ إِذَا كَانَتْ عَمْدًا)؛ لأن المماثلة فيها ممكنة بأن تنتهي السكين إلى العظم، فيتساويان ولا تكون الموضحة إلا في الرأس، وإنما خص الموضحة؛ لأن ما فوقها من الشجاج لا قصاص فيه بالإجماع وإن كان عمداً كالهاشمة،

والمنقلة، والآمة؛ لأنه لا يمكن المماثلة فيها؛ لأن الهاشمة تكسر العظم ولا قصاص في عظم، وكذا المنقلة، والآمة يتعذر فيها المماثلة. وأما ما قبل الموضحة ففيها خلاف روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا قصاص فيها؛ لأنه لا حد فيه تنتهي السكين إليه.

وذكر محمد في الأصل: وهو ظاهر الرواية أن فيه القصاص إلا في السمحاق، فإنه لا قصاص فيها إجماعاً.

ووجه ذلك: أنه يمكن المساواة فيها؛ إذ ليس فيها كسر عظم ولا خوف هلاك غالباً، فيسبر غور الجراحة بمسمار، ثم تعمل حديدة بقدر ذلك وينفذها في اللحم إلى آخرها، فيستوفى منه مثل ما فعل.

وأما السمحاق: فلا يمكن المماثلة فيها؛ لأنه لا يقدر أن يشق جلده حتى ينتهي السكين إلى جلدة رقيقة فوق العظم، فيتعذر الاستيفاء، فسقط القصاص ورجع إلى الأرش.

قوله: (وَلاَ قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ) هذا بعمومه، إنما هو على رواية الحسن عن أبي حنيفة. وأما ما ذكره محمد فمحمول على ما فوق الموضحة.

قوله: (وَمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ فَفِيهَا حُكُومَةُ عَدْلٍ) تفسير الحكومة على ما قاله الطحاوي: أن يقوم لو كان مملوكاً، وليس به هذه الشجة، ويقوم وهي به، ثم ينظر كم نقص ذلك من قيمة العبد، فيجب ذلك القدر من دية الحر، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر فربع عشر، وكان أبو الحسن ينكر هذا، ويقول اعتباره يؤدي إلى أن يجب فيما دون الموضحة أكثر مما في الموضحة؛ لأنه يجوز أن يكون نقصان الشجة التي هي السمحاق في العبد أكثر من نصف عشر قيمته، فإذا أوجبنا مثل ذلك من دية الحر أوجبنا في السمحاق أكثر مما يجب في الموضحة. وهذا لا يصح.

وقال أبو الحسن: تفسير حكومة العدل: أن ينظر إلى أدنى شجة لها أرش مقدر، وهي الموضحة، فإن كان هذا نصف ذلك وجب نصف أرش الموضحة. وعلى هذا الاعتبار قال شيخ الإسلام: وهذا هو الأصح، لكن هذا إنما يستقيم إذا كانت الجناية على الوجه، أو الرأس؛ لأنهما موضع الموضحة، وإن كانت الجناية على غيرهما كانت الفتوى على قول الطحاوي.

وقال بعضهم: تفسير الحكومة: هو ما يحتاج إليه من النفقة، أو أجرة الطبيب، والأدوية إلى أن يبرأ.

وعن علي كرم الله وجهه: أنه أوجب في السمحاق أربعاً من الإبل، وهو محمول

عندنا على وجه الحكومة لا على وجه التقدير.

وعن جماعة من العلماء: أنهم قدروا في السمحاق أربعين مثقالاً قيمة أربع من الإبل، وفي المتلاحمة ثلاثين مثقالاً قيمة ثلاث من الإبل، وفي الباضعة عشرين مثقالاً قيمة بعيرين، وفي الدامية الكبرى التي يسيل منها الدم اثني عشر مثقالاً ونصفا قيمة بعير وربع، وفي الدامية الصغرى وهي التي يلتحم فيها الدم ولا يسيل ستة مثاقيل، وفي الحارصة خمسة مثاقيل، وفيما دونها أربعة مثاقيل.

قوله: (وَفِي الْمُوضِحَةِ إِذَا كَانَتْ خَطَأً نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ) وذلك خمسمائة درهم في الرجل ومائتان وخمسون في المرأة، ويجب ذلك على العاقلة، وإن أدى من الإبل أدى في موضحة الرجل خمساً من الإبل، وفي المرأة نصف ذلك.

قوله: (وَفِي الْهَاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ) وهو من الدراهم ألف درهم، ومن الإبل عشر، وفي المرأة نصف ذلك.

قوله: (وَفِي الْمُنَقِّلَةِ عُشْرٌ وَنِصْفُ عُشْرٍ) وهو من الدراهم ألف وخمسمائة، ومن الإبل خمسة عشر.

قوله: (وَفِي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ)، وفي ثلاث آمات دية كاملة، وفي أربع دية وثلث.

قوله: (وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ) وهي من الجراحة، وليست من الشجاج. والجائفة: ما تصل إلى الجوف من البطن، أو الصدر، أو ما يتوصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً، فإن كانت الجراحة بين الأنثيين، والذكر حتى تصل إلى الجوف، فهي جائفة، ثم ما كان أرشه خمسمائة درهم فما فوقها في الخطأ، فهو على العاقلة إجماعاً، وما كان دون ذلك، ففي مال الجاني، وهذا في الرجل. أما في المرأة: فتحمل العاقلة من الجناية عليها مائتين وخمسين فصاعداً؛ لأن الذي يعتبر في ذلك نصف عشر الدية.

قوله: (فَإِنْ نَفَذَتْ فَهُمَا جَائِفَتَانِ فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ) قضى بذلك أبو بكر الصديق رضي الله عنه.

قوله: (وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ)؛ لأن في كل أصبع عشر الدية، فكان في الخمس نصف الدية.

قوله: (فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الْكَفِّ فَفِيهَا نِصْفُ الدِّيَةِ)؛ لأن الكف تبع لها؛ إذ البطش إنما هو بها، ولو قطعت اليد، وفيها أصبع واحدة، فعليه دية الأصبع وليس عليه في الكف شيء، وكذا إذا كان فيها أصبعان، أو ثلاثة ففيه دية الأصابع لا غير.

ولو قطع كفاً لا أصابع فيه قال أبو يوسف: فيه حكومة لا يبلغ بها أرش أصبع؛ لأن الأصبع يتبعها الكف، والتبع لا يساوي المتبوع.

قوله: (وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ فَفِي الأَصَابِعِ، وَالْكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَفِي السَّاعِدِ حُكُومَةٌ) هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: ما فوق الكف، والقدم تبع للأصابع، وعلى هذا إذا قطع اليد من العضد، أو الرجل من الفخذ، فعندهما: فيه الدية، وما فوق الكف، والقدم فيه حكومة.

وعند أبي يوسف: ما فوق الكف، والقدم تبع للأصابع، وكذا إذا قطع اليد من المنكب، فهو على هذا.

قوله: (وَفِي الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) تشريفا للآدمي؛ لأنها جزء من يده، لكن لا منفعة فيها ولا زينة، وكذا السن الزائدة على هذا.

قوله: (وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ وَلِسَانِهِ وَذَكَرِهِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ صِحَّةَ ذَلِكَ حُكُومَةُ عَدْلٍ) ومعرفة الصحة في اللسان: بالكلام، وفي الذكر: بالحركة، وفي العين: بما يستدل به على النظر.

وقيل: في معرفة عين الصبي إذا قوبل بها الشمس مفتوحة إن دمعت، فهي صحيحة وإلا فلا، واستهلال الصبي ليس بكلام، وإنما هو مجرد صوت، وفي ذكر العنين، والخصي حكومة؛ لأنه كاليد الشلاء، وفي سن الصغير إذا لم يثغر إذا نبت لا شيء فيها عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: فيها حكومة، وأما إذا لم تنبت ففيها دية السن كاملة، وفي أذن الصغير وأنفه الدية كاملة، وفي يديه ورجليه حكومة يعني إذا لم يمش ولم يقعد ولم يحركهما. أما إذا وجد ذلك منه وجبت الدية كاملة، وفي ثديي الرجل حكومة، وفي أحدهما نصف ذلك، وفي حلمة ثدييه حكومة دون ذلك، وفي لسان الأخرس، والعين القائمة الذاهب نورها، والسن السوداء القائمة، واليد الشلاء، والرجل الشلاء، والذكر المقطوع الحشفة، والأنف المقطوع الأرنبة حكومة، وكذا ثدي المرأة المقطوع الحلمة، والكف المقطوع الأصابع، والجفن الذي لا شعر عليه فيه حكومة.

ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت اللحم، فعلى القالع الأرش كاملاً؛ لأن العروق لا تعود إلى ما كانت عليه، وكذا إذا قطع أذنه وألصقها فالتحمت، وفي الظفر إذا نبت كما كان لا شيء عليه.

قوله: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً مُوضِحَةً فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ) فلم ينبت (دَخَلَ

أَرْشُ الْمُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ) ولا يدخل أرش الموضحة في غير هذين.

وقال الحسن بن زياد: لا يدخل أرش الموضحة، إلا في الشعر خاصة.

وقال زفر: لا يدخل أرشها في شيء من ذلك.

وقوله: «أو شعر رأسه»: يعني جميعه. أما إذا تناثر بعضه، أو شيء يسير منه، فعليه أرش الموضحة، ودخل فيه الشعر، وذلك أن ينظر إلى أرش الموضحة، وإلى الحكومة في الشعر، فإن كانا سواء يجب أرش الموضحة، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر دخل الأقل في الأكثر، وهذا إذا لم ينبت شعر رأسه. أما إذا نبت ورجع كما كان لم يلزمه شيء.

قوله: (وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ) هذا إذا لم يحصل مع الجناية موت. أما إذا حصل سقط الأرش، ويكون على الجاني الدية إن كانت الجناية خطأً، فعلى عاقلته وإن كانت عمداً، ففي ماله وكل ذلك في ثلاث سنين سواء وجبت على العاقلة أو في ماله.

قوله: (وَمَنْ قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ فَشُلَّتْ أُخْرَى إِلَى جَانِبِهَا فَفِيهِمَا الأَرْشُ وَلاَ قِصَاصَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي الأُولَى، وَالأَرْشُ فِي الأُخْرَى) وعلى هذا إذا شجه موضحة عمداً، فذهب منها عقله، أو شعر رأسه لا قصاص فيهما، وعليه دية العقل، والشعر إذا لم يمت ويدخل أرش الموضحة فيها؛ لأن الجناية حصلت في عضو واحد بفعل واحد.

والأصل: أن الجناية إذا حصلت في عضو واحد وأتلفت شيئين دخل أرش الأقل في الأكثر، ومتى وقعت في عضوين وكانت خطأً لا يدخل وإن كانت عمداً يجب المال في الجميع ولا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجب القصاص في الأول، والأرش في الثاني كما إذا قطع أصبعاً فشلت أخرى.

قوله: (وَمَنْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَتْ فِي مَوْضِعِهَا أُخْرَى سَقَطَ الأَرْشُ) هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الأرش كاملاً؛ لأن الجناية قد تحققت، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى.

ولأبي حنيفة: أن الجناية انعدمت معنى، فصار كما إذا قلع سن صغير فنبتت لا يجب الأرش إجماعاً.

قوله: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلاً شَجَّةً فَالْتَحَمَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ وَيَنْبُتُ الشَّعْرُ سَقَطَ

الأَرْشُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لزوال الشين، والأرش إنما يجب بالشين، فإذا زال لم يبق إلا مجرد الألم ومجرد الألم لا يجب به الأرش كما لو لطمه فآلمه.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ أَرْشُ الأَلَمِ) وهو حكومة عدل.

قوله: (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ وَثَمَنُ الدَّوَاءِ)؛ لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله.

قوله: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلاً جِرَاحَةً لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ)؛ لأن الجرح معتبر بما يئول إليه، فربما يسري إلى النفس، فيوجب حكمها، فوجب أن ينتظر به ذلك.

قوله: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ وَسَقَطَ أَرْشُ الْيَدِ) معناه قتله خطأ؛ لأن الجناية من جنس واحد، فدخل الطرف في النفس، ولو قطع يده عمداً، ثم قتله بالسيف فللولي أن يقطع يده، ثم يقتله عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن فعل ذلك قبل البرء، فعليه القصاص في النفس وسقط حكم اليد وإن قطع يده فاقتص له بها، ثم مات فإنه يقتل المقتص منه؛ لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود.

وعن أبي يوسف: أنه يسقط حقه في القصاص؛ لأنه لما أقدم على القطع، فقد أبرأه عما وراءه، قلنا: إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود، فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به، ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه، ثم سرى إلى النفس، ومات ضمن دية النفس عند أبي حنيفة؛ لأنه قتل بغير حق؛ لأن حقه في القطع، وهذا وقع قتلاً إلا أن القصاص سقط للشبهة، فوجب المال، وعندهما: لا يضمن؛ لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص؛ إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه، ومن قطع يد رجل عمداً، فمات من ذلك، فللولي أن يقتله وليس له أن يقطع يده.

وقال الشافعي: تقطع يده فإن مات وإلا قتله.

قوله: (وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ بِشُبْهَةٍ فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ) يعني في ثلاث سنين كما إذا قتل الأب ولده، أو ولد ولده، أو عشرة قتلوا رجلاً وأحدهم أبوه، فإن القصاص يسقط عنهم جميعاً عندنا، ويجب على جميعهم دية واحدة على كل واحد عشرها وذلك العشر في ثلاث سنين، ويجب في مالهم إذا كان عمداً، وعلى كل واحد كفارة إن كان القتل خطأ، كذا في الينابيع.

قوله: (وَكُلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ) ويجب حالاً؛ لأنه مال

استحق بالعقد، وكل مال وجب بالعقد، فهو حال حتى يشترط فيه الأجل كأثمان البياعات، وأصله قوله عليه السلام: «لا تعقل العاقلة عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً»[(1)].

قوله: «ولا عبداً»: أي إذا جنى على العبد فيما دون النفس لا يجب على العاقلة؛ لأنه يسلك فيه مسلك الأموال، وكذا العبد إذا جنى يجب على مولاه الدفع، أو الفداء، ولا يجب على العاقلة. فأما إذا قتل الرجل عبدا خطأ يجب قيمته على العاقلة وذلك غير مراد بالخبر.

قوله: «ولا صلحاً»: أي إذا ادعى على رجل قصاصاً في النفس، أو فيما دونها، أو خطأ فصالحه من ذلك على مال، فإن صالحه جاز على نفسه، ولا يجوز على غيره.

قوله: «ولا اعترافاً»: أي ولا إقراراً إذا أقر بجناية توجب المال، فإنها تجب في ماله دون العاقلة.

قوله: (**وَإِذَا قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ**) ولو اشترك الأب، والأجنبي في قتل الابن، فلا قصاص على الأجنبي.

وقال الشافعي: عليه القصاص، وإذا اشترك عامدان في قتل رجل فعفا عن أحدهما، فالمشهور أن الآخر يجب عليه القصاص.

وعن أبي يوسف: لا قصاص عليه؛ لأنه لما أسقط عن أحدهما صار كأن جميع النفس مستوفاة بفعله، كذا في الكرخي.

قوله: (**وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي فَهِيَ فِي مَالِهِ وَلاَ يَصْدُقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ**) وتكون في ماله حالاً؛ لأنه مال التزمه بإقراره، فلا يثبت التأجيل فيه إلا بالشرط.

قوله: (**وَعَمْدُ الصَّبِيِّ، وَالْمَجْنُونِ خَطَأٌ، وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ**) ولا يحرم الميراث؛ لأن حرمان الميراث عقوبة، وهما ليسا من أهل العقوبة، والمعتوه كالمجنون.

قوله: (**وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَتَلِفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ**

---

(1) قال ابن حجر في الدراية (280/2): حديث: «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً» لم أره مرفوعاً إلا ما روى الدارقطني والطبراني في مسند الشاميين، عن عبادة بن الصامت رفعه: «لا تجعلوا على العاقلة من قول معترف شيئاً» وإسناده ساقط. وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي من طريق الشعبي، عن عمر قال: «العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة»، وهذا منقطع. وأخرجه البيهقي من قول الشعبي. وكذا أخرجه أبو عبيد. وأخرج محمد بن الحسن في الآثار: عن عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، عن ابن عباس قال: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ماجنى المملوك».

فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَإِنْ تَلِفَ فِيهَا بَهِيمَةٌ فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ)؛ لأن ذلك ضمان مال، وضمان المال لا يتحمله العاقلة، وليس عليه كفارة؛ لأنها تتعلق بالقتل وحافر البئر ليس بقاتل؛ لأنه قد يقع في البئر بعد موت الحافر، فيستحيل أن يكون قاتلاً بعد موته، ولا يحرم الميراث لما بينا أنه ليس بقاتل وحرمان الميراث يتعلق بالقتل.

ولو دفع رجل فيها إنساناً فالضمان على الدافع؛ لأنه مباشر، والترجيح للمباشرة.

ولو حفر بئراً فعمقها رجل آخر، فالضمان عليهما استحساناً، والقياس على الأول، ولو لم يعمقها، ولكن وسع رأسها، فالضمان عليهما قياساً واستحساناً.

ولو وضع رجل حجراً في قعر البئر، فسقط فيها إنسان، فمات فالضمان على الحافر.

ولو حفر بئراً، ثم سد رأسها، أو كبسها فجاء رجل وفتح رأسها إن كان الأول كبسها بالتراب، أو الحجارة، فالضمان على الثاني، وإن كبسها بالحنطة، والدقيق فالضمان على الأول، ولو وقع فيها إنسان فمات غمّاً، أو جوعاً، فلا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن مات جوعاً، فلا ضمان عليه، وإن مات غمّاً يضمن.

وقال محمد: يضمن في الوجهين؛ لأن ذلك إنما حدث بسبب الوقوع، ولو وضع حجراً على الطريق، فنحاه آخر إلى موضع آخر، فعطب به إنسان، فالضمان على الثاني؛ لأن التعدي الأول قد زال بفعل الثاني، وإلقاء الخشبة، والتراب، والطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر.

ولو استأجر من يحفر له بئراً، فحفروها في غير ملكه، فالضمان على المستأجر دون الحافر إذا لم يعلم الحافر أنها في غير ملكه؛ لأنه معذور وإن علم ضمن؛ لأن المستأجر لا يصح أمره في ملك غيره ولا غرور فيه، فبقي الفعل مضافاً إلى الحافر. ولو استأجر أربعة يحفرون بئراً فوقعت عليهم من حفرهم فمات واحد منهم، فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية ويسقط الربع؛ لأنه مات من جنايته وجناية أصحابه، فيسقط ما أصابه بفعله، وهذا إذا كانت البئر في الطريق. أما إذا كانت في ملك المستأجر، فينبغي أن لا يجب شيء؛ لأن الفعل مباح فما يحدث منه غير مضمون.

قوله: (فَإِنْ أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا أَوْ مِيزَابًا فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَمَاتَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) هذا على وجهين: إن أصابه الطرف الداخل الذي هو في الحائط لم يضمن؛ لأنه غير متعد؛ لأنه وضعه في ملكه، وإن أصابه الطرف الخارج ضمن، ولا كفارة عليه،

ولا يحرم الميراث، وإن أصابه الطرفان جميعاً ضمن النصف، وإن لم يعلم أي الطرفين أصابه، فالقياس: أن لا يضمن للشك، وفي الاستحسان: يضمن النصف، وإن وضع في الطريق جمراً، فأحرق شيئاً ضمنه، فإذا حركته الريح إلى موضع آخر، فأحرق شيئاً لا يضمن لنسخ الريح فعله.

وقيل: إذا كان يوم الريح يضمن؛ لأنه فعله مع علمه بعاقبته، فجعل كمباشرته، وإذا استأجر صاحب الدار الأجراء لإخراج الجناح، ووقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل، فالضمان عليهم ما لم يكن العمل مسلماً إلى صاحب الدار، وعليهم الكفارة وإن سقط بعد فراغهم، فالضمان على صاحب الدار استحساناً. وإن سقط من أيديهم آجر، أو حجارة، أو خشب فأصاب إنساناً فقتله وجب الدية على عاقلة من سقط ذلك من يده وعليه الكفارة؛ لأنه مباشر.

قوله: (وَلاَ كَفَّارَةَ عَلَى حَافِرِ الْبِئْرِ وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ)؛ لأن الكفارة تتعلق بالقتل، وهذا ليس بقاتل؛ لأنه يستحيل أن يكون قاتلاً بدليل أنه قد يقع في البئر، ويتعثر بالحجر بعد موت الفاعل بذلك، وهو ممن لا يصح منه الفعل؛ ولهذا قالوا: إنه لا يحرم الميراث لهذه العلة.

قوله: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي مِلْكِهِ فَعَطِبَ فِيهَا إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ)؛ لأنه غير متعد في ملكه.

قوله: (وَالرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا وَطِئَتْ الدَّابَّةُ) وما أصابت (بِيَدِهَا أَوْ كَدَمَتْ) بفمها، وكذا ما صدمته برأسها، أو صدرها دون ذنبها، فيجب الدية عليه، وعلى عاقلته. ويجب عليه الكفارة، ويحرم الميراث، والوصية وهو قاتل في المباشرة؛ لأن الدابة صارت له كالآلة، فإن كان العاطب بذلك عبداً وجبت قيمته على العاقلة أيضاً؛ لأن ديته قيمته وإن أصابت مالاً، فأتلفته وجب قيمته في ماله، وإذا أصابت ما دون النفس إن كان أرشه أقل من نصف عشر الدية، ففي ماله وإن كان نصف العشر فصاعداً، فهو على العاقلة.

قوله: (وَلاَ يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا أَوْ بِذَنَبِهَا) هذا إذا كانت تسير؛ لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه مع السير. أما إذا أوقفها في الطريق، فهو ضامن في ذلك كله في النفحة بالرجل، والذنب؛ لأنه متعد بالإيقاف وشغل الطريق وإن أثارت بيدها، أو رجلها حصاة، أو غباراً ففقأت عين إنسان لم يضمن، وإن كان الحجر كبيرا ضمن؛ لأن في الوجه الأول لا يمكنه التحرز عنه؛ لأن سير الدابة لا يعرى عنه، وفي الثاني إنما هو بتعسف الراكب وشدة ضربه لها، والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب، وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه

السائق، والقائد إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها، أو رجلها ولا كفارة على السائق، والقائد؛ لأنهما مسببان، ولا يحرمان الميراث، والوصية؛ لأنهما غير مباشرين للقتل، ولا يتصل منهما إلى المحل شيء، وكذا لا كفارة على الراكب فيما وراء الإيطاء. وأما في الإيطاء فالراكب مباشر فيه؛ لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له؛ لأن سير الدابة مضاف إليه، وهي آلة له، ويحرم الراكب الميراث، والوصية؛ لأنه مباشر بخلاف السائق، والقائد.

قوله: (فَإِنْ رَاثَتْ أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ لَمْ يَضْمَنْ)؛ لأنه من ضرورات السير لا يمكنه الاحتراز عنه، وكذا إذا أوقفها لذلك؛ لأن من الدواب من لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف، فإن أوقفها لغير ذلك، فعطب إنسان بروثها، أو ببولها ضمن؛ لأنه متعد في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من ضرورات السير.

ولو أن رجلاً نخس دابة وعليها راكب بغير أمره فوثبت، فألقت الراكب فالناخس ضامن، وإن لم تلقه، ولكن جمحت به فما أصابت في فورها ضمنه الناخس، فإن نفحت الناخس فقتلته فدمه هدر؛ لأنه الجاني على نفسه، والناخس إذا كان عبداً، فالضمان في رقبته، وإن كان صبياً ففي ماله.

قوله: (وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا) والمراد: النفحة.

قال في الهداية: هكذا ذكر القدوري في مختصره، وإليه مال بعض المشايخ.

ووجهه: أن النفحة بمرأى من عين السائق، فيمكنه الاحتراز عنه، وغائبة عن بصر القائد، فلا يمكنه الاحتراز عنه.

وقال أكثر المشايخ: إن السائق لا يضمن بالنفحة أيضاً، وإن كان يراها؛ لأنه لا يمكنه التحرز عنه، وهو الأصح.

قوله: (وَمَنْ قَادَ قِطَارًا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ)؛ لأنه مقرب له إلى الجناية، ويستوي فيه أول القطار وآخره، فإن وطئ بعير إنسان ضمن ديته، ويكون على العاقلة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا) لاشتراكهما في ذلك وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار، والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنساناً، فقتله فعلى عاقلة القائد الدية؛ لأنه يمكنه صيانة القطار من ربط غيره، ثم يرجعون على عاقلة الرابط؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وهذا إذا ربط، والقطار يسير، أما إذا ربط، والإبل قيام، ثم قادها ضمن القائد؛ لأنه قاد بعير غيره بغير أمره لا صريحاً ولا دلالة، فلا يرجع بما لحقه عليه،

كذا في الهداية.

ومن ساق دابة فوقع السرج، أو اللجام، أو سائر الأدوات، أو الحمل على رجل فقتله ضمن؛ لأن الوقوع لتقصيره بترك الربط، والأحكام فيه ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً، فأصابت في فورها إنساناً، أو شيئاً ضمنه وإن أرسل طائراً وأصاب شيئاً في فوره لم يضمن.

والفرق: أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه، والطير لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه سواء.

ولو أن رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فمات من ذلك، فالدية عليهما نصفان؛ لأن الإنسان قد يموت من جراحة واحدة، ولا يموت من عشر جراحات، فاحتمل أن يكون الموت من الجراحة الواحدة، واحتمل أن يكون من الجراحات الباقية. وإن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية وأصابه حجر رمت به الريح، فمات من ذلك كله، فعلى الرجل نصف الدية، ويجعل الباقي كله جراحة واحدة، فكأنه مات من جنايتين إحداهما هدر، والأخرى مضمونة، وكذا لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر، ثم انضم إلى ذلك ما ذكرناه، فإن على كل واحد ثلث الدية، ويهدر الثلث.

قال في الهداية: شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها؛ لأن المقصود هو اللحم، فلا يعتبر إلا النقصان، وفي عين غير بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا في عين البغل، والحمار، والفرس؛ لأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل، والركوب، والحراثة، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعيناً المستعمل، فكأنها ذات أربعة أعين، فيجب الربع بفوات أحدها.

مسائل: إذا قال لرجل: اقتلني فقتله عمداً، لا قصاص عليه للشبهة.

وقال زفر: عليه القصاص.

وأما الدية فروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا دية عليه.

قال في الكرخي: وهو الصحيح.

وفي الرواية الثانية: عليه الدية، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وإن قال: اقطع يدي، أو افقأ عيني، ففعل لا شيء عليه، وإن قال: اقتل عبدي، أو اقطع يده، ففعل لم يضمن، وإن قال: اقتل أخي وهو وارثه، فقتله وجبت الدية في مال القاتل.

قوله: (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةَ خَطَأً قِيلَ لِمَوْلَاهُ إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيَهُ) قيد بالخطأ؛ لأنه إذا قتل رجلاً عمداً أوجب عليه القصاص.

ثم الواجب الأصلي في قتل الخطأ هو الدفع دون الفداء؛ ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب، كذا في الهداية.

وذكر فخر الإسلام: الصحيح: أن الواجب الأصلي هو الفداء، ثم المولى إذا اختار الفداء، فمات العبد بعد اختياره الفداء لم يسقط الفداء؛ لأنه باختياره نقل الحق من رقبة العبد إلى ذمته وإن مات قبل أن يختار شيئاً سقط حق المجني عليه؛ لأن حقه كان متعلقاً برقبة العبد، فإن لم يمت ولكن المولى قتله صار مختاراً للأرش، فإن قتله أجنبي إن كان عمداً بطلت الجناية وللمولى أن يقتص، وإن كان خطأ أخذ المولى القيمة ودفعها إلى ولي الجناية، ولا يخير حتى لو تصرف في تلك القيمة، لا يصير مختاراً للأرش. ثم إذا اختار المولى الفداء وأعشر بعد ذلك لا سبيل للمولى على العبد، ويكون في ذمة المولى إلى أن يجد ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: إذا لم يكن في يد المولى وقت الاختيار مقدار الأرش كان اختياره باطلاً، وكان حق ولي الجناية في رقبة العبد.

قوله: (فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا) وكل ذلك يلزمه حالاً، فإن لم يختر المولى شيئاً من الدفع، والفداء حتى مات العبد بطل حق المجني عليه.

قوله: (فَإِنْ عَادَ فَجَنَى كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْمَ الأُولَى) معناه: بعد الفداء؛ لأن المولى لما فداه، فقد أسقط الجناية عن رقبته، فكأنها لم تكن.

قوله: (فَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ قِيلَ لِلْمَوْلَى: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا)؛ لأنه تعلق الأولى برقبته لا يمنع الثانية برقبته، فإذا قتل واحداً وفقأ عين الآخر اقتسماه أثلاثاً؛ لأن أرش العين نصف أرش النفس، وكذا إذا كانوا جماعة اقتسموه على قدر أروشهم، فإن اختار المولى الفداء فداه بجميع أروشهم.

قوله: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا)؛ لأنه لما لم يعلم لم يكن مختاراً للفداء، إلا أنه استهلك رقبة تعلق بها حق ولي الجناية، فيلزمه الضمان، وإنما لزمه الأقل؛ لأن الأرش إن كان أقل، فليس عليه سواه، وإن كانت قيمة العبد أقل فلم يتلف بالعتق سواها، وكذا إذا كانت جارية، فاستولدها، أو دبرها، فهو على هذا.

قوله: (وَإِنْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الأَرْشُ) وكذا إذا وهبه، أو دبره، أو أقر به لغيره، فإن باعه من المجني عليه، فهو مختار للفداء، وكذا إذا أمر المجني عليه بعتقه، فأعتقه صار مختاراً للفداء إذا كان عالماً بالجناية؛ لأن المجني عليه قام مقامه في

العتق، وإن استخدمه المولى بعد العلم بالجناية، فعطب بالخدمة، فلا ضمان عليه، ولا يكون هذا اختياراً، فإن أجره نقض الحاكم الإجارة، وقال للمولى: ادفعه، أو افده، والإجارة، والرهن ليست باختيار.

ولو كاتب العبد، ثم عجز، فإن كان بعد العلم بالجناية، فعليه الأرش عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان لم يعلم بها، قيل له: ادفعه أو افده، والتزويج لا يكون اختياراً.

قوله: (وَإِذَا جَنَى الْمُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً ضَمِنَ الْمَوْلَى الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ جِنَايَتِهَا) اعلم أن جناية المدبر تكون على سيده في ماله دون عاقلته حالة، وكذا أم الولد، فإن قتل المدبر قتيلاً خطأً، أو جنى عليه فيما دون النفس، فذلك كله على المولى، ويكون عليه الأقل من قيمة المدبر، ومن أرش الجناية؛ لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش، ولا منع من المولى في أكثر من القيمة، ويعتبر قيمة المدبر يوم جنى لا يوم التدبير.

وقوله: «ضمن المولى الأقل من قيمته»: وذلك في أم الولد ثلث قيمتها، وفي المدبر الثلثان.

قوله: (فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيمَةَ لِلأَوَّلِ بِقَضَاءِ قَاضٍ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لأنه مجبور على الدفع.

قوله: (يَتْبَعُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الأُولَى) فيشاركه فيما أخذ.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى دَفَعَ الْقِيمَةَ لِلأَوَّلِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الأُولَى) وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: الدفع بقضاء وبغير قضاء واحد، ويتبع الثاني الأول، ولا سبيل له على المولى؛ لأن المولى دفع إلى الأول، ولا حق لولي الجناية الثانية، فلم يكن متعدياً بالدفع، فلا يضمن، ولأبي حنيفة إن جنايات المدبر يستند ضمانها إلى التدبير السابق الذي صار المولى به مانعاً، فإن دفعها بقضاء، فقد زالت يده عنها بغير اختياره، فلا يضمن، وإن دفعها بغير قضاء، فقد سلم للأول ما تعلق به حق الثاني، وكان الثاني بالخيار في تضمين أيهما شاء، ويعتبر قيمة المدبر يوم جنى لا يوم المطالبة ولا يوم التدبير. وأما جناية المكاتب، فهي على نفسه دون سيده ودون العاقلة؛ لأن أكسابه لنفسه، فيحكم عليه بالأقل من قيمته، ومن أرش جنايته.

قوله: (وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا حَتَّى سَقَطَ ضَمِنَ مَا تَلِفَ فِيهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ وَإِنْ لَمْ يُطَالَبْ بِنَقْضِهِ حَتَّى تَلِفَ بِهِ إِنْسَانٌ أَوْ مَالٌ لَمْ يَضْمَنْ) وهذا إذا كان بناؤه من أوله مستوياً؛ لأن أصل البناء في ملكه، فلم يكن متعدياً، والميل حصل لغير فعله،

فلا يضمن. وأما إذا بناه في ابتدائه مائلاً ضمن ما تلف بسقوطه سواء طولب بهدمه أم لا؛ لأنه متعد بالبناء في هواء غيره، ثم ما تلف من نفس، فهو على العاقلة، وما تلف من مال، فهو في ماله.

قوله: (وَطُولِبَ صَاحِبُهُ) فيه إشارة إلى أن التقديم إلى المرتهن، والمستأجر، والمستعير، والساكن لا يصح؛ لأنه لا يتمكن من نقضه؛ لأنه غير مالك، فإن تقدم إليهم وأشهد عليهم، فذلك باطل ولا يلزمهم شيء؛ لأنهم لا يملكون نقض الحائط ويصح التقديم إلى الراهن، والمؤجر؛ لأن الراهن يمكنه أن يقضي الدين ويهدمه، وكذا المؤجر؛ لأن الإجارة تفسخ للأعذار، وهذا عذر، ويصح التقدم إلى الأب، والوصي وأم اليتيم في هدم حائط الصغير، ويكون الضمان في مال اليتيم يعني إذا لم ينقضه حتى انهدم وحصلت منه جناية، فهي لازمة للصغير فما كان منها يلزم في مال البالغ، فهو لازم في مال الصغير، وما كان منه على عاقلة البالغ، فهو على عاقلة الصغير، ويصح التقدم إلى المكاتب؛ لأن الولاية له وإلى العبد التاجر سواء كان مديوناً، أو لا؛ لأن النقض إليه، ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً، فهو في رقبة العبد وإن كان نفساً، فهو على عاقلة المولى.

وصورة الطلب: أن يقول المتقدم: إن حائطك هذا مائل، أو مخوف، أو متصدع فانقضه قبل أن يسقط ويتلف شيئاً.

وصورة الإشهاد: أن يقول المتقدم: اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا في هدم حائطه هذا، وإنما يصح الإشهاد إذا كان الحائط مائلاً، أو واهياً أو مخوفاً.

وقيل: الإشهاد ليس بشرط، وإنما الشرط المطالبة بالنقض، والتقدم إليه حتى لو تقدم إليه ولم يفعل حتى انهدم لزمه ما تلف به فيما بينه وبين الله تعالى، وإنما ذكر الإشهاد تحرزاً عن الجحود كما في طلب الشفعة، وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم؛ لأنها ليست بشهادة على القتل، ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه بخلاف إشراع الجناح؛ لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ ذلك بالبيع، فلا يبرأ ولا ضمان على المشتري؛ لأنه لم يشهد عليه، فإن أشهد عليه بعد ما اشتراه، فهو ضامن.

وقوله: «ضمن ما تلف»: أي ما تلف من النفوس على العاقلة، ولا كفارة عليه؛ لأنه غير مباشر، ولا يحرم الميراث، وإن كان ما دون النفس إن بلغ أرشه من الرجل نصف عشر ديته، ومن المرأة عشر ديتها، فهو على العاقلة أيضاً، وإن كان أقل ففي ماله. وأما ما تلف به من الدواب، أو العروض، ففي ماله خاصة؛ لأن العاقلة لا تعقل الأموال، وإن أنكرت العاقلة أن الدار له لا عقل عليهم حتى تشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه، وعلى أنه مات من سقوطه، وعلى أن الدار له. وإن أقر صاحب الدار بهذه

الأشياء الثلاثة لزمه الضمان في ماله دون العاقلة.

وقوله: «فلم ينقضه في مدة يقدر فيها على نقضه ضمن»؛ لأنه فرط. وأما إذا لم يفرط، ولكن ذهب يطلب من يهدمه، فكان في طلب ذلك، فسقط وأتلف نفساً، أو مالاً، فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه لم يتمكن من إزالته، ولو لم يشهد على الحائط، فسقط فأشهد على النقض فتعقل به إنسان ضمن إجماعا وإن أشهد على الحائط المائل فسقط بعد الإشهاد، فتعقل بنقضه، أو بترابه إنسان، فهلك ضمن عندهما؛ لأن الإشهاد على الحائط إشهاد على النقض.

وعند أبي يوسف: لا يضمن إلا إذا أشهد على النقض، ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد، فتعثر بالقتيل غيره، فعطب لا يضمن؛ لأن رفع الميت ليس على صاحب الحائط، وإنما هو إلى أولياء الميت، وإن عطب بجرة، أو خشبة كانت على الحائط، فسقطت بسقوطه، وهي في ملكه ضمنه؛ لأن التفريع إليه، فإن كانت في ملك غيره لم يضمن؛ لأن التفريغ إلى مالكها.

قال في الهداية: إذا كان الحائط بين خمسة أشهد على أحدهم فقتل إنساناً ضمن خمس الدية، ويكون على عاقلته، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: عليه نصف الدية على عاقلته؛ لأنه مات من جنايتين بعضها معتبر، وهو نصيب من أشهد عليه وبعضها هدر وهو نصيب من لم يشهد عليه، فكانا قسمين، فيضمن النصف كما إذا جرحه إنسان ولدغته عقرب ولسعته حية وعقره أسد، فمات من الكل، فإنه يضمن النصف كذلك هذا، ولأبي حنيفة أنه كان من فعل الحائط، فيجب على قدر الملك.

قوله: (وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ)؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلاً كان، أو امرأة حراً كان أو عبداً مكاتباً كان مدبراً، أو مسلماً كان أو ذمياً.

قوله: (وَإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً)؛ لأن الحق له، وإن كان فيها سكان فلهم أن يطالبوه سواء سكنوها بإجارة، أو عارية.

قوله: (وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا دِيَةُ الآخَرِ) هذا إذا كان الاصطدام خطأً. أما إذا كان عمداً، فعلى كل واحد منهما نصف دية الآخر.

والفرق: أن في الخطأ كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه، فالموت مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله في نفسه مباح، وهو المشي في الطريق، فلا يصح سبباً للضمان، ويكون ملزم كل واحد منهما على عاقلته في ثلاث سنين. وأما إذا اصطدما عمداً فماتا

فإنهما ماتا بفعلين محظورين، وقد مات كل واحد منهما بفعله وفعل غيره.

ولو أن رجلين مدا حبلاً وجذبه كل واحد منهما إلى نفسه، فانقطع بينهما فسقطا فماتا، فهذا على ثلاثة أوجه: إن سقطا جميعاً على ظهورهما، فلا ضمان فيهما ويكونان هدراً؛ لأن كل واحد منهما مات بجنايته على نفسه؛ إذ لو أثر فعل صاحبه فيه لجذبه إلى نفسه، فكان يسقط على وجهه، وإن سقطا جميعاً على وجوههما فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر؛ لأن كل واحد منهما مات بجذب الآخر وقوته وإن سقط أحدهما على قفاه، والآخر على وجهه فدية الساقط على وجهه على عاقلة الآخر. وأما الذي سقط على قفاه فدمه هدر؛ لأنه مات من فعل نفسه وإن قطع الحبل بينهما قاطع غيرهما، فسقطا فماتا فالضمان على القاطع؛ لأن الإتلاف منه، ويكون على عاقلته.

ولو كان صبي في يد أبيه جذبه رجل من يده، والأب يمسكه حتى مات فديته على الجاذب ويرثه أبوه؛ لأن الأب ممسك له بحق والجاذب متعد، فكان الضمان عليه.

ولو تجاذب رجلان صبيّاً وأحدهما يدعي أنه ابنه، والآخر يدعي عبده فمات من جذبهما، فعلى الذي يدعي أنه عبده ديته؛ لأن المتنازعين في الولد إذا زعم أحدهما أنه أبوه، فهو أولى من الذي يدعي أنه عبده، فصار إمساكه بحق وجذب الثاني بغير حق فضمن.

ولو أن رجلاً في يده ثوب وتشبث به آخر، فجذبه صاحب الثوب من يده، فتخرق ضمن الممسك نصف الخرق.

ولو أن رجلاً عض ذراع رجل فجذب ذراعه من فمه فسقطت أسنانه وذهب لحم ذراع الآخر، فالأسنان هدر، ويضمن العاض أرش الذراع؛ لأن العض ضرر فله أن يدفعه عن نفسه بالجذب فما يحدث منه من سقوط الأسنان لا يضمنه.

ولو جلس رجل بجنب رجل، فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا ضمن نصف الشق؛ لأنه ليس له أن يجلس عليه، فصار ذلك تعديّاً، وقد حصل التلف من الجلوس، والجذب، فانقسم الضمان.

ولو أن رجلاً أخذ بيد رجل فجذب الآخر يده فسقط الجاذب فمات إن كان أخذها ليصافحه، فلا شيء عليه وإن أخذها ليعصرها، فأذاه فجذبها ضمن الممسك لها ديته؛ لأنه إذا صافحه كأن جذب لها من غير ضرر، فصار جانياً على نفسه. وأما إذا أراد أن يعصرها، فهو دافع للضرر عن نفسه، فلزم الممسك الضمان، وإن انكسرت يد الممسك لم يضمن الجاذب، هذا كله في الكرخي.

مسألة: روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى على القارصة، والواقصة، والقامصة

بالدية أثلاثاً ذلك أن ثلاث جوار كن يلعبن فركبت إحداهن الأخرى فجاءت الثالثة فقرصت المركوبة فقمصت المركوبة فسقطت الراكبة فاندق عنقها، فجعل علي رضي الله عنه على القارصة ثلث الدية، وعلى القامصة الثلث وأسقط الثلث؛ لأن الواقصة أعانت على نفسها. وروي أن عشرة مدوا نخلة، فسقطت على أحدهم فمات، فقضى علي رضي الله عنه على كل واحد منهم بعشر الدية وأسقط العشر؛ لأن المقتول أعان على نفسه.

قوله: (وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ عَبْدًا خَطَأً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) لا يزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف، أو أكثر قضي عليه بعشرة آلاف إلا عشرة دراهم ويكون ذلك على العاقلة في ثلاث سنين، وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف: تجب قيمته بالغة ما بلغت؛ لأنها جناية على مال، فوجبت القيمة بالغة ما بلغت.

ولهما: أنها جناية على نفس آدمي، فلا يزاد على الدية كالجناية على الحر، وتجب الكفارة بقتل العبد في قولهم جميعاً.

وقوله: «إلا عشرة دراهم»: إنما قدر النقصان بها؛ لأن لها أصلاً.

في الشرع: من تقدير نصاب السرقة، والمهر.

قوله: (وَفِي الأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلاَفِ دِرْهَمٍ) وفي الهداية إلا عشرة دراهم وهو ظاهر الرواية؛ لأن هذه دية الحرة، فينقص منها عشرة كما ينقص من دية الرجل.

والمذكور في القدوري: رواية الحسن عن أبي حنيفة.

ووجهها: أن دية الحرة نصف دية الرجل، فاعتبر في الأمة أن لا تزيد على دية الحرة، فإذا كانت قيمتها خمسة آلاف كان اعتبار النقصان خمسة.

قوله: (وَفِي يَدِ الْعَبْدِ خَمْسَةُ آلاَفٍ إِلاَّ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ)؛ لأن اليد من الآدمي نصفه، فيعتبر بكله وهذا إذا كانت قيمته عشرة آلاف، أو أكثر. أما إذا كانت خمسة آلاف، فإنه يجب ألفان وخمسمائة من غير نقصان.

ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً، فهلك في يده وجبت الدية بالغة ما بلغت إجماعاً، وكذا إذا غصب أمة قيمتها عشرون فماتت في يده فعليه قيمتها إجماعاً؛ لأن ضمان الغصب ضمان المالية لا ضمان الآدمية؛ لأن الغصب لا يرد إلا على المال ألا ترى أن الحر لا يضمن بالغصب؛ لأن ضمان الغصب يقتضي التمليك، والحر لا يصح فيه

التمليك ومن غصب صبياً حرّاً، فمات في يده بحمى، أو فجأة، فلا شيء عليه، وإن كان من صاعقة، أو نهشته حية، أو أكله سبع، فعلى عاقلة الغاصب الدية استحساناً. وإن قتل الصبي نفسه، أو وقع في بئر، أو سقط عليه حائط، فإن الغاصب ضامن ديته على عاقلته، وإن قتله رجل عمداً، فأولياؤه بالخيار إن شاءوا اتبعوا القاتل، فقتلوه وإن شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته، ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل وإن قتله رجل في يد الغاصب خطأ، فللأولياء أن يتبعوا أيهما شاءوا بالدية إما الغاصب، وإما القاتل فإن اتبعوا الغاصب رجع على القاتل، وإن اتبعوا القاتل لم يرجع على الغاصب؛ لأن حاصل الضمان عليه.

قوله: (**وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ**) يعني أن ما وجب فيه من الحر الدية، فهو من العبد فيه القيمة، وما وجب في الحر فيه نصف الدية، ففيه من العبد نصف القيمة، وعلى هذا القياس، ثم الجناية على العبد فيما دون النفس لا يتحمله العاقلة؛ لأنه أجري مجرى ضمان الأموال، وأما إذا قتل العبد خطأ فقيمته على العاقلة عندهما.

وقال أبو يوسف: في مال القاتل لقول عمر لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً، قلنا: هو محمول على ما جنى العبد لا ما جني عليه، فإن جناية العبد لا تحمله العاقلة؛ لأن المولى أقرب إليه منهم.

قوله: (**وَإِنْ ضَرَبَ رَجُلٌ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَعَلَيْهِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ قِيمَتُهَا نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ**) أي نصف عشر دية الرجل سواء كان الجنين ذكراً، أو أنثى بعد ما استبان خلقه، أو بعد خلقه لما روي: «أن امرأة ضربت بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بغرة عبد، أو أمة قيمتها خمسمائة درهم»[1]، ولم يستفسرهم أنه ذكر أم أنثى، فدل على أن حكمهما سواء وخمسمائة هو

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/280-281): حديث: «في الجنين غرة عبد أو أمة خمسمائة»، ويروى: «أو خمسمائة». الطبراني من رواية سلمة بن تمام، عن أبي المليح، عن أبيه قال: كان فينا رجل يقال له حمل بن مالك- فذكر القصة. وفيها فقال: دعني من رجز الأعراب، فيه غرة عبد، أو أمة، أو خمسمائة، أو فرس، أو عشرون ومائة شاة. وروى البزار من طريق عبد الله بن بريدة، عن أبيه: أن امرأة خذفت امرأة، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولدها بخمسمائة، ونهى عن الخذف.

وأصل الحديث في الصحيحين ليس فيه ذكر الخمسمائة.

ولابن أبي شيبة من طريق زيد بن أسلم: أن عمر قوم الغرة خمسين ديناراً. ولأبي داود عن إبراهيم =

نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة، وهي على عاقلة الضارب عندنا في سنة.

وقال مالك: في ماله، وهذا في الجنين الحر، وهو أن تكون المرأة حرة، أو أمة علقت من سيدها، أو من مغرور، فيكون الولد حرّاً، فيجب ما ذكرنا، ويكون موروثاً عنه، ولا يكون للأم خاصة، وعند مالك للأم، ولو كان الضارب وارثاً لا يرث هذا إذا خرج ميتاً، فإن خرج حيّاً، ثم مات من ذلك الضرب تجب الدية كاملة، والكفارة.

قوله: (فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا) ثم مات ففيه الدية كاملة، وتجب على العاقلة.

قوله: (وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتْ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَغُرَّةٌ) الدية بقتل الأم، والغرة بإتلاف الجنين وإن خرج حيّاً، ثم مات، ثم ماتت الأم تجب ديتان وترث الأم من ديته.

قوله: (وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَلاَ شَيْءَ فِي الْجَنِينِ) وتجب دية الأم وإن ماتت الأم، ثم خرج حيا ومات وجب ديتان.

قوله: (وَمَا يَجِبُ فِي الْجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ)؛ لأنه بدل نفسه، والبدل عن المقتول لورثته ثم الجنين إذا خرج حيّاً يرث ويورث، وإن خرج ميتاً لا يرث ويورث.

وفي خزانة أبي الليث: أربعة لا يرثون ويورثون المكاتب، والمرتد، والجنين، والقاتل وإن ألقت جنينين يجب غرتان، فإن خرج أحدهما حيّاً، ثم مات، والآخر خرج ميتا تجب غرة ودية، وعلى الضارب الكفارة وإن ماتت الأم، ثم خرجا ميتين تجب دية الأم وحدها، وإن خرجا حيين، ثم ماتا تجب ثلاث ديات وسميت غرة؛ لأنها أول مقدر وجب بالجناية على الولد، وأول كل شيء غرته كما يقال لأول الشهر: غرة الشهر.

قوله: (وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ، وَلَوْ كَانَ حَيًّا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ أُنْثَى) وصورته: إذا كانت قيمة الجنين الذكر لو كان حيّاً عشرة دنانير، فإنه يجب نصف دينار، وإن كان أنثى قيمتها عشرة، فيجب دينار كامل، فإن قيل: في هذا تفضيل الأنثى على الذكر في الأرش، وذلك لا يجوز. قلنا: كما لا يجوز التفضيل، فكذا لا يجوز التسوية أيضاً. وقد جاءت التسوية هنا بالاتفاق، فكذا التفضيل وهذا؛ لأن الوجوب باعتبار قطع النشو لا باعتبار صفة المالكية؛ إذ لا مالكية في الجميع، والأنثى في معنى النشو تساوي الذكر، وربما تكون أسرع نشواً كما بعد الانفصال، فلهذا جوزنا تفضيل الأنثى على الذكر، وفي جنين الأمة يعني المملوكة، والمدبرة أما جنين أم الولد يجب فيه ما

=

النخعي قال: العزة خمسمائة، قال: وقال ربيعة هي خمسون ديناراً. ولإبراهيم الحربي بإسناد صحيح عن الشعبي قال: الغرة خمسمائة. وروي عبد الرزاق، عن معمر، عن قتادة: الغرة خمسون ديناراً.

يجب في جنين الحرة، وكذا إذا قال لأمته المملوكة: ما في بطنك حر فضربها رجل، فألقت جنينها، فإن فيه ما في جنين الحرة.

قال في الهداية: إذا ضرب بطن الأمة، فأعتق المولى ما في بطنها، ثم ألقته حيّاً، ثم مات ففيه قيمته حيّاً، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق؛ لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان ذلك في حال الرق، فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حيّاً.

قال في الكرخي: وما وجب في جنين الأمة، فهو في مال الضارب يؤخذ به حالاً من ساعته؛ لأن ما دون النفس من الرقيق ضمانه ضمان الأموال بدلالة أنه لا يتعلق به قصاص بحال ولا كفارة.

قوله: (وَلاَ كَفَّارَةَ فِي الْجَنِينِ)؛ لأنها عرفت في النفوس الكاملة، والجنين ناقص بدليل نقصان ديته، ولأن الكفارة إنما تجب بالقتل، والجنين لا يعلم حياته، فإن تطوع بها جاز.

وقال الشافعي: فيه الكفارة.

قوله: (وَالْكَفَّارَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ، وَالْخَطَأُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) ولا يجزيه المدبر وأم الولد؛ لأن رقهما ناقص، وإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز، وإن كان قد أدى شيئاً لم يجزيه ما في البطن؛ لأن لا يبصر، فهو كالأعمى.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ وَلاَ يَجْزِي فِيهَا الإِطْعَامُ)؛ لأن الله تعالى لم يذكره في كفارة القتل، وإنما ذكر العتق، والصوم لا غير، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب القسامة

قوله: (وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ لاَ يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ اُسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلاً مِنْهُمْ يَتَخَيَّرُهُمْ الْوَلِيُّ فَيَحْلِفُونَ بِاَللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلاَ عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلاً) وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث استحلف الولي خمسين يميناً، ويقضى بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى، أو خطأ واللوث أن يكون هناك علامة للقتل على واحد بعينه، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة، أو شهادة عدل، أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه.

وقوله: «ما قتلناه»: هذا بالنسبة إلى جملتهم، وإنما يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت، ولا يحلف ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه.

فإن قيل: يجوز أنه قتله مع غيره، فيجترئ على اليمين بالله ما قتلت؟

قلنا: من حلف بالله ما قتلت، وكان قد قتل مع غيره يحنث في يمينه، فإن الجماعة إذا قتلوا واحداً يكون كل واحد منهم قاتلاً، ولهذا تجب الكفارة على كل واحد منهم، ويجب القصاص عليهم. ومن أبى أن يحلف من أهل المحلة حبسه الحاكم حتى يحلف، كذا في الهداية.

قال في شاهان: هذا في العمد. أما في الخطأ إذا نكلوا قضي عليهم بالدية، ولو اختار الولي عمياناً، أو محدودين في قذف جاز؛ لأنه يمين وليس بشهادة.

قوله: (**فَإِذَا حَلَفُوا قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لاَ تَجِبُ الدِّيَةُ مَعَ الأَيْمَانِ**)؛ لأن اليمين عهدت في الشرع مبرئة للمدعى عليه لا ملزمة.

ولنا: «أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: إن أخي قتل بين قريتين، فقال صلى الله عليه وسلم يحلف منهم خمسون رجلاً، فقال أليس لي من أخي غير هذا، قال: بلى، ولك مائة من الإبل»[1].

وروي أن عمر استحلف في القسامة خمسين رجلاً وغرمهم الدية، فقال الحارث بن الأزمع: غر أنغرم أيماننا وأموالنا، قال: نعم، فبم بطل دم هذا، فإن امتنعوا أن يدفعوا الدية حبسهم الإمام حتى يدفعوها.

قوله: (**وَلاَ يَسْتَحْلِفُ الْوَلِيُّ ثُمَّ يَقْضِي لَهُ بِالْجِنَايَةِ**) لقوله عليه السلام: «لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2].

قوله: (**فَإِنْ لَمْ يُكْمِلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ خَمْسِينَ كُرِّرَتْ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى تَتِمَّ خَمْسِينَ يَمِينًا**)؛ لأن الخمسين واجبة بالسنة، فيجب إتمامها.

قوله: (**وَلاَ يَدْخُلُ فِي الْقَسَامَةِ صَبِيٌّ وَلاَ مَجْنُونٌ وَلاَ امْرَأَةٌ وَلاَ عَبْدٌ وَلاَ مُدَبَّرٌ وَلاَ مُكَاتَبٌ**) أما الصبي، والمجنون، فليسا من أهل القول الصحيح، واليمين قول. وأما المرأة، والعبد، فليسا من أهل النصرة، ويدخل في القسامة الأعمى، والمحدود في القذف؛ لأنهما

---

(1) انظر عبد الرزاق في مصنفه (28/10)، ابن عبد البر في التمهيد (211/23)، وفي الاستذكار (201/8، 204).

(2) وقال ابن حجر العسقلاني في الدراية (284/2): حديث: «البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه» الترمذي من طريق العزرمي، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده. والدارقطني من طريق حجاج بن أرطاة، عن عمرو به، والعزرمي ضعيف والحجاج مدلس، ويقال: إنه حمله عن العزرمي. وأصل الحديث في الصحيحين عن ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن اليمين على المدعى عليه.

يستحلفان في الحقوق.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتًا لاَ أَثَرَ بِهِ فَلاَ قَسَامَةَ وَلاَ دِيَةَ)؛ لأنه ليس بقتيل، والأثر أن يكون به جراحة، أو أثر ضرب، أو خنق، أو كان الدم يخرج من عينيه، أو أذنيه، وإن وجد أكثر بدن القتيل، أو النصف ومعه الرأس في محلة فعليهم القسامة، والدية وإن وجد أقل من النصف ومعه الرأس، فلا شيء عليهم.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الدَّمُ يَسِيلُ مِنْ أَنْفِهِ أَوْ دُبُرِهِ أَوْ فَمِهِ)؛ لأن خروجه من أنفه رعاف ومن دبره علة ومن فمه قيء وسوداء، فلا يدل على القتل.

قوله: (وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ عَيْنَيْهِ أَوْ أُذُنَيْهِ فَهُوَ قَتِيلٌ)؛ لأن الظاهر أن هذا يكون من ضرب شديد.

قوله: (وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ)؛ لأن دابته في يده كداره، وكذا إذا كان قائدها، أو راكبها.

قال الإمام خواهر زاده: هذا إذا كان يسوقها سراً متحشماً. أما إذا ساقها نهاراً جهاراً، فلا شيء عليه.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ، وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) قال في الهداية: والقسامة عليه؛ لأن الدار في يده، والدية على عاقلته؛ لأن نصرته منهم وقوته بهم، فتكرر الأيمان عليه.

ومن اشترى داراً، فلم يقبضها، فوجد فيها قتيل، فالدية على عاقلة البائع.

قوله: (وَلاَ يَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمُلاَّكِ عِنْدَهُمَا) وقال أبو يوسف: هي عليهما جميعاً؛ لأن ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك.

ولهما: أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان؛ لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم.

قوله: (وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخُطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ، وَلَوْ بَقِيَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ) وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف: الكل مشتركون؛ لأن الضمان يجب بترك الحفظ، وقد استووا فيه.

ولهما: أن صاحب الخطة أصيل، والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ) بأن باعوا كلهم، فهي على المشترين الملاك دون السكان عندهما؛ لأن الولاية انتقلت إليهم، وزالت عمن تقدمهم.

قوله: (وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي الدَّارِ فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ) وقومه، وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، فإن كانوا غيباً، فعلى صاحب الدار تكرر عليه وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة، ومن وجد قتيلاً في دار نفسه، فعند أبي حنيفة: تجب ديته على عاقلته لورثته، وعندهما: هو هدر لا شيء فيه.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي سَفِينَةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ، وَالْمَلاَّحِينَ)؛ لأنها في أيديهم، والمالك وغيره في ذلك سواء.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا)؛ لأنهم أخص بمسجدهم من غيرهم.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ فِي الْجَامِعِ أَوْ الشَّارِعِ الأَعْظَمِ فَلاَ قَسَامَةَ فِيهِ وَلَمْ يُعْرَفْ قَاتِلُهُ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ)؛ لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم، وإن وجد في السجن، ولم يعرف قاتله، فالدية في بيت المال عندهما.

وقال أبو يوسف: الدية، والقسامة على أهل السجن؛ لأنهم سكان.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ فَهُوَ هَدَرٌ) وهذا إذا كانت البرية بحيث لو صاح فيها سائح لم يسمعه أحد من أهل المصر، ولا من أهل القرى. أما إذا كان يسمع منها الصوت فالقسامة، والدية على أقرب القرى إليها.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا الْقَسَامَةُ، وَالدِّيَةُ) هذا إذا كان يسمع الصوت منها، أما إذا كان لا يسمع، فهو هدر وإن كانا في القرب سواء، فهو عليهما جميعاً.

قوله: (وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ فَهُوَ هَدَرٌ)؛ لأن الفرات ليس في يد أحد، فهو كالمفازة المنقطعة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا فِي الشَّاطِئِ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ)؛ لأنهم يستقون منه، ويوردون دوابهم إليه.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ لَمْ تَسْقُطْ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ) والقسامة، والدية بحالها.

وعن محمد: أن القسامة تسقط، فإن دعواه على واحد منهم إبراء للباقين.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ الْقَسَامَةُ، وَالدِّيَةُ)؛ لأنه صار مبرئاً لهم.

قوله: (وَإِنْ قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ قَتَلَهُ فُلاَنٌ اُسْتُحْلِفَ بِاَللَّهِ مَا قَتَلْته وَلاَ عَرَفْت لَهُ قَاتِلاً غَيْرَ فُلاَنٍ)؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله: فلا يقبل، ويحلف على ما ذكرناه.

قوله: (وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَهُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا) هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل، وإن ادعى الولي القتل على واحد من أهل المحلة بعينه، فشهد شاهدان من أهل المحلة عليه لم تقبل إجماعاً؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل، فالشاهد يريد أن يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته، فكان متهماً.

ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً، أو نهاراً، أو شهر عليه عصا ليلاً في المصر، أو نهاراً في الطريق في غير المصر فقتله المشهور عليه عمداً، فلا شيء عليه؛ لأن السلاح لا يلبث، فيحتاج إلى دفعه بالقتل، والعصا وإن كان يلبث، لكن في الليل لا يلحقه الغوث، فيضطر إلى دفعه، وكذا في النهار في الطريق؛ لأنه لا يلحقه الغوث، فإذا قتله كان دمه هدراً، والله تعالى أعلم.

كتاب المعاقل

هو جمع معقلة، وهي الدية، وسميت الدية عقلاً؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك، والعاقلة هم الذين يقومون بنصرة القاتل.

قوله رحمه الله: (**الدِّيَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ، وَالْخَطَأِ وَكُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ عَلَى الْعَاقِلَةِ**) احترز بقوله: «بنفس القتل»: عما تجب بالصلح.

قوله: (**وَالْعَاقِلَةُ أَهْلُ الدِّيوَانِ إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ**) وهو الجيش الذين كتب أسماؤهم في الديوان.

وقال الشافعي رحمه الله: هم العشيرة.

قوله: (**تُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ**) العطاء: يخرج في كل سنة مرة، أو مرتين ويعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لا من يوم القتل.

والعطاء: اسم لما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة، أو مرتين.

والرزق: ما يخرج له في كل شهر.

وقيل: يوماً بيوم، وإذا كان الواجب ثلث دية النفس، أو أقل كان في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة، يعني إذا كان الواجب كل الدية كان ذلك على كل واحد في ثلاث سنين، وإن كان الواجب النصف، أو الثلثين كان في سنتين، وإن كان الثلث، أو أقل، ففي سنة. وعلى هذا كل ما كان الواجب في كله نصفاً، ثم وجب في بعضه أقل من ذلك، فهو بمنزلة النصف مثاله دية اليد في سنتين، وما يجب في الأنملة، فهو على العاقلة في سنتين، كذا في شرحه في باب الرجوع عن الشهادة.

قوله: (**فَإِنْ خَرَجَتْ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَقَلَّ أُخِذَ مِنْهَا**) معناه إذا كانت العطايا بالسنين المستقبلة بعد القضاء بالدية، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء، ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها؛ لأن الوجوب بالقضاء. ولو خرج للعاقلة ثلاث عطايا في سنة واحدة في المستقبل يؤخذ منها كل الدية، ثم إذا كان جميع الدية في ثلاث سنين، فكل ثلث منها في سنة، وإذا كان الواجب ثلث دية النفس، أو أقل كان في سنة واحدة. ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل.

قوله: (**وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ وَتُقَسَّطُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يُزَادُ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ دِرْهَمٌ وَدَانِقَانِ وَيُنْقَصُ مِنْهُمْ**) في هذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية. وقد نص محمد على أنه لا يزاد كل

واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة دراهم، أو أربعة، فلا يؤخذ من كل واحد في سنة إلا درهم، أو درهم وثلث، وهو الأصح.

قوله: (فَإِنْ لَمْ تَتَّسِعْ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ ضُمَّ إِلَيْهَا أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا) يعني نسباً، ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الأخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم وأما الآباء، والبنون. فقد قيل: يدخلون لقربهم.

وقيل: لا يدخلون.

قوله: (وَيَدْخُلُ فِي الْعَاقِلَةِ الْقَاتِلُ فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ)؛ لأنه هو القاتل، فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره.

وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية، وليس على النساء، والذرية شيء؛ لأنها إنما تجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالنساء، والصبيان، وعلى هذا لو كان القاتل صبيّاً، أو امرأة لا شيء عليهما من الدية.

قوله: (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلاَهُ) من أهل نصرته فكانوا من أهل عقله، قال عليه الصلاة والسلام: «مولى القوم منهم»[1].

قوله: (وَمَوْلَى الْمُوَالاَةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلاَهُ وَقَبِيلَتُهُ)؛ لأنهم يرثونه بعد موته.

قوله: (وَلاَ تَتَحَمَّلُ الْعَاقِلَةُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ وَتَتَحَمَّلُ نِصْفَ الْعُشْرِ فَصَاعِدًا)؛ لأن الحمل على العاقلة للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل، ثم العاقلة إذا حملت نصف العشر كان ذلك في سنة، وإذا لم يكن للقاتل قبيلة ولا هو من أهل الديوان، فعاقلته نصاره، فإن كانت نصرته بالحرفة، فعلى المحترفين الذين هم أنصاره كالقصارين، والصفارين بسمرقند، والأساكفة بإسبيجاب.

وفي الهداية: إذا لم يكن له عاقلة، فالدية في بيت المال، ولهذا إذا مات كان ميراثه لبيت المال، فكذا ملزمه من الغرامة يلزم بيت المال، وابن الملاعنة تعقله قبيلة أمه، فإن عقلوا عنه، ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب.

قوله: (وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي مَالِ الْجَانِي) يعني ما نقص أرشه عن نصف عشر الدية كان على الجاني دون العاقلة.

قوله: (وَلاَ تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ) يعني إذا جنى العبد على الحر، أو على غير

---

(1) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب العلم (باب: في ابن الأخت والحليف والمولى).

الحر.

قوله: (وَلاَ تُعْقَلُ الْجِنَايَةُ الَّتِي اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي إِلاَّ أَنْ يُصَدِّقُوهُ) فإن قلت: قد ذكر هذا في الديات فلم أعاده هنا؟

قلت: ذكر هناك كل أرش وجب بالإقرار، والصلح، فهو في مال القاتل، وهنا قال: ولا تعقل ما لزم بالصلح، أو باعتراف الجاني، فلا تكرار مع أن في هذا فائدة زائدة؛ لأنه ذكر التصديق هنا بقوله: إلا أن يصدقوه ولم يذكره هناك.

قوله: (وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَأً وَلَمْ يَرْتَفِعُوا إِلَى الْقَاضِي إِلاَّ بَعْدَ سِنِينَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى عَلَيْهِ)؛ لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة، ففي الثابت بالإقرار أولى.

قوله: (وَلاَ تَعْقِلُ مُلْزَمًا بِالصُّلْحِ) وقد بيناه.

قوله: (وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ فَقَتَلَهُ خَطَأً كَانَتْ جِنَايَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) يعني عاقلة الجاني وما دون النفس على العبد لا تتحمله العاقلة؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال، والله أعلم.

كتاب الحدود[1]

الحد في اللغة: هو المنع، ومنه سمي البواب حداداً؛ لأنه يمنع الناس عن الدخول، وكذا سمي حد الدار الذي تنتهي إليه حدّاً؛ لأنه يمنع من دخول ما حد إليه في البيع، فلما أريد بهذه العقوبة المنع من الفعل سمي ذلك حدّاً.

وفي الشرع: هو كل عقوبة مقدرة تستوفي حقّاً لله تعالى، ولهذا لا يسمى القصاص حدّاً، وإن كان عقوبة؛ لأنه حق آدمي يملك إسقاطه، والاعتياض عنه، وكذا التعزير لا يسمى حدّاً لعدم التقدير فيه.

قوله رحمه الله: (الزِّنا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ، وَالإِقْرَارِ) المراد ثبوته عند الإمام.

وصفة الزنا: هو الوطء في فرج المرأة العاري عن نكاح، أو ملك، أو شبهتهما ويتجاوز الختان الختان، هذا هو الزنا الموجب للحد، وما سواه ليس بزنا، وإنما شرط مجاوزة الختان؛ لأن ما دونه ملامسة لا يتعلق به أحكام الوطء من الغسل وفساد الحج وكفارة رمضان.

وفي الينابيع: الزنا الموجب للحد الوطء الحرام الخالي عن حقيقة النكاح وملك اليمين، وعن شبهة الملك، وشبهة النكاح، وشبهة الاشتباه. وأما الوطء في الملك كوطء جاريته المجوسية وجاريته التي هي أخته من الرضاع ووطء المملوك بعضها، وإن كان حراماً، فليس بزنا وكذا وطء امرأته الحائض، والنفساء، والمتزوجة بغير شهود، أو تزوج أمة بغير إذن مولاها، أو تزوج العبد بغير إذن سيده، أو وطء جارية ابنه، أو مكاتبه،

---

(1) الحدوُد: جمع «حَدّ» (بفتح الحاء وتشديد الدال).

وهو في اللغة مصدر بمعنى المنع. ويأتي أيضاً اسم شيء بمعنى الحاجز المانع. سميت هذه العقوبات شرعاً بالحدود لأنها تمنع الناس عن الجرائم الموجبة لها.

إن العقوبات المقدَّرة النصية في الشريعة الإسلامية صنفان: الحدود والقصاص.

فالحدود خمس عقوبات؛ وهي:

1- حد الزنى.

2- وحد القذف.

3- وحد السرقة.

4- وحد الخِرابة (بكسر الخاء، هي قطع الطريق للسلب والنهب والقتل).

5- وحد شرب الخمر.

والحدود الأربعة الأولى جاء بِها القرآن. أما حد شرب الخمر فلم يذكر في القرآن، وإنما جاءت به السنة. وهذه الحدود كلها عقوبات بدنية، أدناها الجلد بالسوط، وأعلاها القتل.

انظر: المدخل الفقهي العام (2/673-674).

والجارية من المغنم في دار الحرب بعد ما أحرزت قبل القسمة، أو تزوج أمة على حرة، أو تزوج بمجوسية، أو خمساً في عقد واحد، أو جمع بين أختين، أو تزوج بمحارمه فوطئها، وقال: علمت أنها علي حرام، فإنه لا يحد عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحد في كل وطء حرام على التأبيد كوطء محارمه، والتزويج لا يوجب شبهة فيه، وما ليس بحرام على التأبيد. فعقد النكاح يوجب شبهة فيه كالنكاح بغير شهود، أو في عدة الغير، وشبه ذلك، وشبهة الاشتباه أن يقول: ظننت أنها تحل لي، فإنه لا يحد.

قوله: (فَالْبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنْ الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ بِالزِّنَا) فإن قيل: القتل أعظم من الزنا ولم يشترط فيه أربعة؟

قلنا؛ لأن الزنا لا يتم، إلا باثنين، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشاهدين، والقتل يكون من واحد. ويشترط في الأربعة أن يكونوا ذكوراً أحراراً عدولاً مسلمين، ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال، ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي، وإن شهد أقل من أربعة لا تقبل شهادتهم، وهم قذفة يحدون جميعاً حد القذف إذا طلب المشهود عليه ذلك لما روي أن أبا بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحارث شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضي الله عنه، فقام زياد وكان الرابع، فقال: رأيت أقداماً بادية ونفساً عالياً، وأمراً منكراً ورأيت رجليها على عاتقه كأذني حمار، ولا أدري ما وراء ذلك؟ فقال عمر رضي الله عنه: الحمد لله الذي لم يفضح أحداً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحد الثلاثة، وكذا إذا جاءوا متفرقين، فشهدوا واحداً بعد واحد لم تقبل شهادتهم، وهم قذفة يحدون حد القذف. وأما إذا حضروا في مجلس واحد وجلسوا مجلس الشهود وقاموا إلى القاضي واحدا بعد واحد فشهدوا قبلت شهادتهم لأنه لا يمكن الشهادة دفعة واحدة، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قبل الشهادة على هذا الوجه لأنه أجلس المغيرة فلما شهد عليه الأول قال ذهب ربعك يا مغيرة فلما شهد الثاني قال ذهب نصفك فلما شهد الثالث قال ذهب ثلاثة أرباعك وكان عمر رضي الله عنه في كل مرة يفتل شاربه من شدة الغضب فلما قام زياد وكان الرابع قال له عمر: قم يا سلح العقاب وإنما قال ذلك لأن لونه كان يضرب إلى السواد فشبهه به، وقيل: وصفه بالشجاعة؛ لأن العقاب إذا سلح على طائر أحرق جناحه وأعجزه عن الطيران، فكذلك كان زياد في مقابلة أقرانه وهذا مدح، والأول ذم وهو على وجه الإنكار عليه في هتك ستر صاحبه وتحريض له على الإخفاء، فقال زياد: لا أدري ما قالوا، لكني رأيتهما يضطربان في لحاف واحد كاضطراب الأمواج، ورأيت نفساً عالياً، وأمراً منكراً، ولا أدري ما وراء ذلك،

فدرأ عنه عمر الحد؛ لأنه لم يصرح بالقذف، وضرب الثلاثة حد القذف، ولو شهدوا أنه زنى بامرأة، وقالوا: لا نعرفها لم تجز شهادتهم.

قال في الكرخي: إذا شهد على المرأة أربعة بالزنا أحدهم الزوج، ولم يكن من الزوج قذف قبل ذلك أقيم عليها الحد.

وقال الشافعي: لا تقبل شهادة الزوج عليها، وإن قذفها الزوج وجاء بثلاثة سواه يشهدون فهم قذفة يحدون ويلاعن الزوج وإن جاء هو وثلاثة، فشهدوا أنها قد زنت ولم يعدلوا درئ عنها وعنهم الحدود ودرئ عن الزوج اللعان؛ لأنه شاهد وليس بقاذف.

وذكر في الجزء الخامس من الكرخي في القذف في باب رجوع الشهود: أن الزوج يلاعن، ويحد الثلاثة، ولو جاء بأربعة، فلم يعدلوا فهو قاذف، فعليه اللعان؛ لأن الشهادة إذا أسقطت تعلق بقذف اللعان.

قوله: (فَيَسْأَلُهُمْ الإِمَامُ عَنْ الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ) لأنه يختلف، وفيه الحقيقة، والمجاز، قال عليه الصلاة والسلام: «العينان تزنيان، واليدان يزنيان، والرجلان يزنيان، والفرج يحقق ذلك أو يكذبه»(1). وإنما يسألهم كيف زنى لأنه قد يكون مكرها فلا يجب عليه الحد.

قوله: (وَأَيْنَ زَنَى) لاحتمال أن يكون زنى في دار الحرب، أو في عساكر البغاة، وذلك لا يوجب الحد؛ لأنه لم يكن للإمام عليه يد، فصار ذلك شبهة فيه.

قوله: (وَمَتَى زَنَى) لجواز أن يكونوا شهدوا عليه بزنا متقادم، فلا تقبل شهادتهم ولجواز أن يكون زنى وهو صبي، أو مجنون.

واختلفوا في حد التقادم الذي يسقط الحد؟

فكان أبو حنيفة لا يقدر فيه وقتاً، وفوضه إلى رأي القاضي.

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (4/248-249): قال عليه السلام: «العينان تزنيان، وزناهما النظر، واليدان تزنيان، وزناهما البطش»؛ قلت: أخرجه مسلم في «كتاب القدر» عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا، مدرك ذلك لا محالة، فالعينان زناهما النظر، والأذنان زناهما الاستماع، واللسان زناه الكلام، واليدان تزنيان وزناهما البطش، والرجلان تزنيان وزناهما المشي، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق ذلك الفرج، أو يكذبه»، انتهى. وأخرج البخاري ومسلم فيه عن ابن عباس، قال: ما رأيت شيئاً أشبه باللمم مما قال أبو هريرة: إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا، أدرك ذلك لا محالة، فزنا العينين النظر، وزنا اللسان النطق، والنفس تمنى، وتشتهي، والفرج يصدق ذلك، أو يكذبه»، انتهى.

وعندهما: إذا شهدوا بعد مضي شهر من وقت عاينوا لا تقبل شهادتهم؛ لأن الشهر في حكم البعيد وما دونه قريب، فتقبل شهادتهم فيما دون الشهر.

وفي الجامع الصغير: قدره بستة أشهر.

قوله: (وَبِمَنْ زَنَى) لجواز أن يكون امرأته، أو أمته وربما إذا سئلوا، قالوا: لا نعرفها، فيصير ذلك شبهة، وقد تكون جارية ابنه.

قوله: (فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ، وَقَالُوا: رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ) أو كالقلم في المحبرة، أو كالرشاء في البئر صح ذلك، فإن قالوا: تعمدنا النظر لا تبطل الشهادة، إلا إذا قالوا تعمدناه تلذذاً، فحينئذ تبطل.

قوله: (سَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ فَإِنْ عُدِّلُوا فِي السِّرِّ، وَالْعَلاَنِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ) ولم يكتف بظاهر العدالة احتياطاً للدرء. قال عليه الصلاة والسلام: «ادرءوا الحدود ما استطعتم»[1].

قال في الأصل: يحبسه الإمام حتى يسأل عن الشهود.

فإن قيل: كيف يحسبه، وقد قيل: «ادرءوا الحدود»، وليس في حبسه ذلك؟

قيل: إنما حبس تعزيراً؛ لأنه صار متهماً لارتكاب الفاحشة، فإن شهد أربعة فوجدوا فساقاً وهم أحرار مسلمون، فلا حد على الرجل؛ لأن شهادتهم لم تقبل، ولا حد عليهم لجواز أن يكونوا صادقين، فإن بانوا عبيداً، أو محدودين في قذف، أو عمياناً، فعليهم حد القذف؛ لأن العميان لا يرون ما شهدوا عليه، فتحققنا كذبهم، فكانوا قذفة. وأما العبيد، والمحدودون، فليسوا من أهل الشهادة، فكانوا قذفة فوجب عليهم حد القذف.

وقوله: «في السر، والعلانية»: التزكية نوعان:

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/94-95): حديث: «ادرءوا الحدود بالشبهات»، الترمذي من حديث عائشة بلفظ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطىء في العفو، خير من أن يخطىء في العقوبة»، وفيه يزيد بن زياد وهو ضعيف.

قال الترمذي: ووقفه أصح. وأخرجه الحاكم والدارقطني والبيهقي، وقال: الموقوف أقرب إلى الصواب.

وفي الباب: عن علي مختصراً: «ادرءوا الحدود» أخرجه الدارقطني. وعن أبي هريرة: «ادرءوا الحدود ما استطعتم» أخرجه أبو يعلى. ولابن ماجه من هذا الوجه: «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً».

1 - فالعلانية: أن يجمع القاضي بين المعدل، والشاهد، فيقول المعدل: هو الذي عدلته.

2- والسر: أن يبعث القاضي رسولاً إلى المزكي، ويكتب إليه كتاباً فيه أسماء الشهود وأنسابهم، حتى يعرفهم المزكي، فمن عرفه بالعدالة كتب تحت اسمه عدل جائز الشهادة، ومن عرفه بالفسق لم يكتب تحت اسمه شيئاً احترازاً، عن هتك الستر، أو يقول: الله أعلم إلا إذا كان عدله غيره وخاف إن لم يصرح بذلك قضى القاضي بشهادته، فحينئذ يصرح بذلك، ومن لم يعرفه بعدالة، ولا فسق يكتب تحت اسمه مستور.

قال أبو حنيفة: أقبل في تزكية السر المرأة، والعبد، والمحدود في القذف إذا كانوا عدولاً، ولا أقبل في تزكية العلانية إلا من أقبل شهادته؛ لأن تزكية السر من باب الإخبار، والمخبر به أمر ديني وقول هؤلاء في الأمور الدينية مقبول إذا كانوا عدولاً ألا ترى أنه يقبل روايتهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويجب الصوم بقولهم رأينا الهلال. وتزكية العلانية نظير الشهادة، وعلى هذا تزكية الوالد ولده في السر جائز؛ لأنها من باب الإخبار ذكره في النهاية، وعزاه إلى الذخيرة.

قوله: (**وَالإِقْرَارُ أَنْ يُقِرَّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ الْمُقِرِّ كُلَّمَا أَقَرَّ رَدَّهُ الْقَاضِي**) يعني أنه لا يؤاخذه بإقراره حتى يقر أربع مرات في مجالس مختلفة كلما أقر رده، حتى يتوارى منه، وينبغي للقاضي أن يزجره عن الإقرار، ويظهر له كراهة ذلك، ويأمر بتنحيته عنه فإن عاد ثانياً فعل به، كذلك فإن عاد ثالثاً فعل به كذلك، فإن أقر أربع مرات في مجلس واحد، فهو بمنزلة إقرار واحد وإن أقر بالزنا، ثم رجع صح رجوعه، وكذا في السرقة وشرب الخمر إلا أن في السرقة يصح رجوعه في حق القطع، ولا يصح في حق المال، ولا يصح رجوعه عن الإقرار بالقذف، والقصاص؛ لأنهما من حقوق العباد.

ولو شهد عليه أربعة بالزنا، وهو ينكر، ثم أقر بطلت شهادتهم بنفس الإقرار ويؤخذ فيه بحكم الإقرار.

وقال محمد: ما لم يقر أربع مرات لا تبطل الشهادة، فإذا أقر أربعاً بطلت إجماعاً، ويؤخذ بحكم الإقرار حتى لو رجع صح رجوعه، ولو أقر أنه زنى بامرأة، فجحدت لا حد عليه عند أبي حنيفة، وعندهما: يحد لما روي: «أن رجلاً أقر أنه زنى بامرأة، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم إليها، فجحدت، فحد الرجل وهو محمول»[1]، عند أبي حنيفة

(1) أخرجه إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق في المهذب (268/2).

أنه حده حد القذف للمرأة.

ولأبي حنيفة: أن الفعل لا يتصور بدون محله، والزنا لا يتصور بدون المرأة وإنكارها حجة لنفي المحلية في حقها، فاقتضى النفي عن الرجل ضرورة، فعارض النفي الإقرار، فسقط الحد، ولأنا صدقناها حين جحدت وحكمنا ببطلان.

قوله: في سقوط الحد عنها، وأن الفعل الذي وجد منه لم يوجد منها، وهو فعل واحد، فإذا بطل أن يكون زنا في حقها، كان ذلك شبهة في سقوط الحد عنه، وإن كانت المرأة التي أقر بالزنا بها غائبة، فالقياس أن لا يحد لجواز أن تحضر، فتجحد فتدعي حد القذف، أو تدعي نكاحاً، فتطلب المهر، وفي حده إبطال حقها.

والاستحسان: أن يحد لحديث ماعز؛ لأنه حد مع غيبة المرأة، فإن جاءت المرأة بعد ما أقيم عليه الحد، فادعت التزويج وطلبت المهر لم يكن لها مهر؛ لأنا حكمنا بأن هذا الفعل زنا، وفي إيجاب المهر جمع بين الحد، والمهر، وذلك لا يجوز عندنا.

قوله: (**فَإِذَا تَمَّ إِقْرَارُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ الْقَاضِي عَنْ الزِّنَا مَا هُوَ كَيْفَ هُوَ وَأَيْنَ زَنَى وَبِمَنْ زَنَى**) ولم يذكر الشيخ متى زنى؛ لأن تقادم الزمان لا يمنع من قبول الإقرار.

قوله: (**فَإِنْ كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا رَجَمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ**) المحصن من اجتمع فيه شرائط الإحصان وهي سبعة: البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والنكاح الصحيح، والدخول بها، وهما على صفة الإحصان، والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل، ولا يشترط فيه الإنزال، ولا اعتبار بالوطء في الدبر.

وعن أبي يوسف: أن الإسلام، والدخول بها، وهما على صفة الإحصان ليس بشرط.

لنا: قوله عليه السلام: «من أشرك بالله فليس بمحصن»[1].

وأما الدخول بها، وهما على صفة الإحصان، فهو شرط عندهما.

وقال أبو يوسف: ليس بشرط حتى أن عنده إذا حصل الوطء قبل الحرية، ثم أعتقا صارا محصنين بالوطء المتقدم، وكذا المسلم إذا وطئ الكافرة صار بها محصناً عنده. وأما

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (99/2): حديث: «من أشرك بالله فليس بمحصن». إسحاق أخبرنا عبد العزيز، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر بهذا. قال إسحاق: رفعه مرة ووقفه أخرى. وقال الدارقطني: لم يرفعه غير إسحاق، ويقال: إنه رجع عنه، والصواب موقوف. وله من وجه آخر بلفظ: «لا محصن من أشرك بالله شيئاً»، وقال: وهم في رفعه عفيف ابن سالم عن الثوري. وقال ابن عدي: هو منكر عن الثوري. وقال الدارقطني في العلل.

الوطء في النكاح الفاسد، فلا يكون به محصناً كالزنا.

ولو تزوج أمة فدخل بها، ثم أعتقها مولاها فما لم يدخل بها بعد العتق لا يكون محصناً، وكذا إذا دخل بها وهي صغيرة، ثم أدركت فلم يدخل بها بعد الإدراك لا يكون محصناً.

وقوله: «حتى يموت»: يعني إذا بقي المرجوم كذلك. أما إذا هرب بعد ما أخذوا في رجمه إن كان ثبت الزنا بإقراره لا يتبع وكان ذلك رجوعاً، فيخلى سبيله وإن كان بالبينة اتبع، ولا يخلى سبيله؛ لأنه بعد الشهادة لا يصح إنكاره.

قوله: (يُخرِجُهُ إِلَى أَرْضٍ فَضَاءٍ)؛ لأنه أمكن لرجمه، وكيلا يصيب بعضهم بعضاً، ولهذا قالوا إنهم يصطفون كصفوف الصلاة إذا أرادوا رجمه، وكلما رجم قوم تنحوا، ويقدم آخرون، ورجموا، ولا يحفر له، ولا يربط، ولكنه يقوم قائماً وينتصب للناس.

وأما المرأة فإن شاء الإمام حفر لها؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية؛ لأن الحفر أستر لها مخافة أن تنكشف، وإن شاء لم يحفر لها؛ لأنه يتوقع منها الرجوع بالهرب.

قوله: (وَتَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ ثُمَّ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) يعني إذا ثبت الزنا بالبينة بدئ بهم امتحاناً لهم، فربما استعظموا القتل، فرجعوا عن الشهادة.

وقوله: «ثم الإمام»: استظهاراً في حقه، فربما يرى في الشهادة ما يوجب درء الحد.

قوله: (فَإِنْ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنْ الابْتِدَاءِ سَقَطَ الْحَدُّ) ولم يجب عليهم حد القذف لعدم التصريح بالقذف، وكذا إذا امتنع بعضهم سقط أيضاً، وكذا إذا غابوا، أو ماتوا، أو مات بعضهم، أو غاب بعضهم، أو عمي، أو خرسْ، أو جن، أو ارتد، أو قذف، فضرب الحد بطل الحد عن الشهود عليه عندهما؛ لأن بدايتهم شرط.

وقال أبو يوسف: إذا امتنعوا، أو غابوا رجم الإمام، ثم الناس وكذا إذا عموا، أو جنوا، أو ارتدوا، فهذا كله إذا امتنعوا من غير عذر. أما إذا كانوا مرضى، أو مقطوعي الأيدي، فعلى الإمام أن يرمي، ثم يأمر الناس بالرمي، وإن شهد أربعة على أبيهم بالزنا وجب عليهم أن يبدءوا بالرجم، وكذا الإخوة وذو الرحم.

ويستحب أن لا يتعمدوا له مقتلاً، وكذا ذو الرحم المحرم. وأما ابن العم، فلا بأس أن يتعمد قتله؛ لأن رحمه لم يكمل، فأشبه الأجنبي، وقد قالوا: ابن الابن إذا شهد على أبيه بالـــزنا لم يحرم الميراث بهذه الشهادة؛ لأن الميراث يجب بالموت، والشهادة إنما وقعت علـــى الـــزنا، وذلك غير الموت، وكذا إذا شهد عليه بالقصاص، فقتل لم يحرم الميراث

بهذه العلة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الزَّانِي مُقِرًّا ابْتَدَأَ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ)؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام رمى الغامدية بحصاة مثل الحمصة، وقال: ارموا واتقوا الوجه، وكانت اعترفت بالزنا، فإن كانت المرأة حاملاً لم ترجم حتى تضع ويفطم الولد؛ لأن رجمها يتلف الولد وذلك غير مستحق، فإن ادعت أنها حبلى، وأشكل أمرها نظر إليها النساء، فإن قلن إنها حبلى تربص بها المدة التي ذكرنا فيما تقدم، وإذا شهدوا على امرأة بالزنا، وقالت: أنا بكر، أو رتقاء نظر إليها النساء، فإن قلن هي كذلك لم تحد؛ لأنه بان كذبهم، ولا يحد الشهود أيضاً؛ لأنا لو أوجبناه عليهم، أوجبناه لقول النساء، والحدود لا تجب بقول النساء.

وإن كان الزاني مريضاً، وقد وجب عليه الرجم رجم ولا ينتظر برؤه؛ لأنه لا فائدة في انتظاره؛ لأن الرجم يهلكه صحيحاً كان أو مريضاً، وإن كان حده الجلد انتظر حتى يبرأ؛ لأنه إذا كان مريضاً لحقه الضرر بالضرب أكثر من المستحق عليه، وكذا إذا كان الحر شديداً، أو البرد شديداً، انتظر زوال ذلك، ولا يقام الحد على النفساء، حتى تتعلى من نفاسها؛ لأن النفاس مرض وروي أن الغامدية لما أقرت بالزنا، وهي حامل قال لها: النبي صلى الله عليه وسلم: «اذهبي حتى تضعي، فلما وضعت أتته بالولد في خرقة، فقالت: هو هذا قد ولدته، فقال: اذهبي، فأرضعيه حتى تفطميه، فلما فطمته أتت به، وفي يده كسرة من خبز، فقالت: هو هذا قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع الصبي الى رجل من المسلمين، ثم أمر بها، فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس برجمها، فأقبل خالد بن الوليد بحجر، فرمى رأسها، فانتضح الدم على وجه خالد فشتمها، فقال عليه السلام مهلاً يا خالد، فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له. ثم أمر بها، فصلى عليها ودفنت». وفي رواية: «صلى عليها النبي عليه السلام، فقال له عمر: أتصلي عليها، وقد زنت؟ فقال: لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى»[1].

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (3/332-333): روي أنه عليه السلام قال للغامدية: بعد ما وضعت: «ارجعي حتى يستغنيك ولدك»؛ قلت: غريب بهذا اللفظ، وهو في «مسلم» عن بشير بن المهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه بريدة، قال: جاءت الغامدية فقالت: يا رسول الله، إني زنيت فطهرني، وأنه ردها، فلما كان الغد، قالت: يا رسول الله، لعلك تريد أن تردني كما رددت ماعزاً، فوالله إني لحبلى، فقال: إما لا، فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بالصبي في =

ولو شهد الشهود على رجل بالزنا الموجب للرجم فقتله إنسان خطأ، أو عمداً قبل أن يقضي الإمام عليه بذلك وجب في العمد القصاص، ووجب في الخطأ الدية، وإن كان الإمام قد قضى برجمه فقتله إنسان، أو قطع يده، أو فقأ عينه، فلا ضمان عليه؛ لأنه قد أبيح دمه.

قوله: (وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ) لأنه قتل بحق، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً، وقد صلى النبي عليه السلام على الغامدية، وقال في ماعز: «لقد تاب توبة لو قسمت على أمة لوسعتهم، ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة»[1]، ولا بأس للناس في حالة الرجم أن يتعمدوا مقتله؛ لأن المقصود قتله، فما كان أسرع كان أولى.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلْدَةٍ يَأْمُرُ الإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لاَ ثَمَرَةَ لَهُ) أي لا شوك، ولا عقد، ولا شماريخ.

قوله: (ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا) أي بين المبرح وغير المؤلم؛ لأن المبرح يهلك، وغير المؤلم لا يحصل به الزجر.

قوله: (وَيُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ) يعني ما خلا الإزار؛ لأن الثياب تمنع وصول الألم إليه، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ ﴾[2].

=

يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا رسول الله، وقد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع الصبي الى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، فأمر الناس فرجموها، وأخرجه أيضاً عن علقمة بن مرثد عن سليمان بن بريدة عن أبيه، فذكره، إلى أن قال: ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد، فقالت: يا رسول الله طهرني، فقال: ويحك ارجعي، فاستغفري الله، وتوبي إليه، قالت: أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعزاً؟ قال: وما ذاك؟ قالت: إنها حبلى من الزنا، قال: أنت؟ قالت: نعم، فقال لها: اذهبي حتى تضعي ما في بطنك، قال: فكفلها رجل من الأنصار، حتى وضعت، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: قد وضعت الغامدية، قال: إذا لا نرجمها، وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه، فقام رجل من الأنصار، فقال: إليّ رضاعه يا رسول الله، قال: فرجمها، انتهى. وفي هذا ما يقتضي أنه رجمها حين وضعت، وفي الأول ما يقتضي أنه تركها حتى فطمت ولدها، ولكن الأول فيه بشير بن المهاجر، وفيه مقال، ويتقوى الثاني برواية عمران بن حصين، أخرجها مسلم أيضاً، وفيها أنه عليه السلام رجمها بعد أن وضعت، وقال بعضهم: يحتمل أن يكونا امرأتين: إحداهما وجد لولدها كفيل، والأخرى لم يوجد لها كفيل، فوجب إمهالها حتى يستغني ولدها، والله أعلم.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود (باب: من اعترف على نفسه بالزنا) بلفظ: «لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم».

(2) سورة النور: 2.

قوله: (وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ)؛ لأن الجمع في عضو واحد يهلكه، والجلد زاجر لا مهلك؛ ولأنه يجب أن يوصل الألم إلى كل الأعضاء كما وصلت إليها اللذة.

قوله: (إِلاَّ رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ) لقوله عليه السلام للجلاد: «اتق الوجه، والرأس، والمذاكير»[1]؛ ولأن الفرج مقتل، والرأس مجمع الحواس، فربما يختل بالضرب سمعه، أو بصره، أو شمه، أو ذوقه، ويجتنب الصدر، والبطن أيضاً؛ لأنه مقتل.

وقال أبو يوسف: يضرب الرأس سوطاً واحداً؛ لأن فيه شيطاناً، أو لأن السوط الواحد لا يخاف منه التلف، ويضرب الرجل في الحدود كلها قائماً غير ممدود، ولا يلقى على وجهه على الأرض ولا يشد يداه. وأما المرأة فتحد قاعدة؛ لأنه أستر لها، فتلف ثيابها عليها، وتربط الثياب، ويتولى لف ثيابها عليها امرأة، ويوالي بين الضرب، ولا يجوز أن يفرقه في كل يوم سوطاً، أو سوطين؛ لأنه لا يحصل به الإيلام، ولو جلده في يوم خمسين متوالية ومثلها في اليوم الثاني أجزأه على الأصح، ولا يقام الحد في المسجد عندنا؛ لأنه لا يؤمن أن ينفصل من المجلود نجاسة.

قوله: (فَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ كَذَلِكَ) أي على الصفة التي جلد عليها الحر من نزع ثيابه، واتقاء وجهه، ورأسه وفرجه.

قوله: (فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ أَوْ فِي وَسَطِهِ قَبْلَ رُجُوعِهِ وَخَلَّى سَبِيلَهُ) بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص، والقذف، فإنه لا يقبل رجوعه فيهما.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ لِلإِمَامِ أَنْ يُلَقِّنَ الْمُقِرَّ الرُّجُوعَ وَيَقُولُ لَهُ لَعَلَّك لَمَسْتَ أَوْ قَبَّلْتَ) أو لعلك وطئتها بالشبهة، أو يقول: أبك خبل؟ أبك جنون؟ ولو شهد عليه أربعة، فأقر بذلك ثم رجع عن إقراره قبل منه وسقط الحد؛ لأنه لا حظ للشهادة مع الإقرار.

قوله: (وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ) يعني في صفة الحد، وقبول الرجوع.

قوله: (غَيْرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ لاَ يُنْزَعُ عَنْهَا مِنْ ثِيَابِهَا إِلاَّ الْفَرْوَ، وَالْحَشْوَ)؛ لأن في

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (98/2): حديث: قال صلى الله عليه وسلم للذي أمر بضرب الحد: «اتق الوجه والمذاكير» أجده. وقد جاء مرفوعاً عن علي: «أنه أتى بسكران، فقال: اضرب وأعط كل عضو حقه، اتق الوجه والمذاكير»، أخرجه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق. وأخرجه سعيد بن منصور من وجه آخر. وقد ورد النهي عن ضرب الوجه، أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة. ولهما عن ابن عمر: «نهى أن يضرب الصورة»، ولأبي داود عن أبي بكرة في قصة رجم المرأة: «ارموا واتقوا الوجه».

تجريدها كشف عورتها، وتضرب جالسة؛ لأنه أستر لها.

قوله: (وَإِنْ حَفَرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَازَ)؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية إلى ثديها، والحفر لها أحسن؛ لأنه أستر لها ويحفر لها إلى الصدر، ولا يحفر للرجل؛ لأن النبي عليه السلام لم يحفر لماعز.

قوله: (وَلاَ يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلاَّ بِإِذْنِ الإِمَامِ) لقوله عليه السلام: «أربعة إلى الولاة: الجمعة، والفيء، والحدود، والصدقات»[1]؛ ولأن المولى لا يلي ذلك على نفسه، فلا يليه على عبده إلا بإذن الإمام.

وأما التعزير فله أن يقيمه على عبده؛ لأنه حق العبد.

قوله: (وَإِذَا رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ بَعْدَ الْحُكْمِ قَبْلَ الرَّجْمِ ضُرِبُوا الْحَدَّ وَسَقَطَ الرَّجْمُ عَنْ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ) هذا قولهما.

وقال محمد: يحد الراجع وحده؛ لأن الشهادة قد صحت بحكم الحاكم، وتأكدت بالقضاء، فلا تنفسخ إلا في حق الراجع.

ولهما: أن الإمضاء من القضاء، فصار كما إذا رجع واحد قبل القضاء، ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه، ولو رجع أحدهم قبل الحكم حدوا جميعاً، فكذا هذا وإنما سقط الحد عن المشهود عليه في قولهم جميعاً؛ لأن الشهادة لم تكمل في حقه فسقطت، ولو رجع أحد الشهود قبل الحكم بها حدوا جميعاً عندنا.

وقال زفر: يحد الراجع وحده؛ لأنه لا يصدق على غيره.

قلنا: كلامهم قذف في الأصل، وإنما يصير شهادة للاتصال بالقضاء، فإذا لم يتصل به القضاء بقي قذفاً، فيحدون. وأما إذا كان جلداً فرجع أحدهم، فعليه الحد خاصة إجماعاً، ولا ضمان على الراجع في أثر السياط عند أبي حنيفة، وكذا إذا مات من الجلد، وعندهما: يضمن.

قال في المنظومة لأبي حنيفة:

والجلد إن يجرح فقال واحد كذبت لا يضمن هذا الشاهد

صورته: أربعة شهدوا على غير محصن بالزنا، فجلده القاضي فجرحه الجلد، ثم رجع أحدهم لا يضمن الراجع أرش الجراحة، وكذا إن مات من الجلد لا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الكافي الشاف في تخريج أحاديث الكشاف (171/1): لم أره مرفوعاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الراجع.

قوله: (**فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الرَّجْمِ جُلِدَ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ وَضَمِنَ رُبْعَ الدِّيَةِ**) وقال زفر: لا يحد الراجع؛ لأنه صار قاذفاً له في حال الحياة، ومن قذف حيّاً، ثم مات المقذوف سقط الحد عن القاذف؛ لأنه لا يورث.

ولنا: أن الراجع صار قاذفاً عند رجوعه بالشهادة السابقة، ولم يصر قاذفاً في الحال، ومن قذف ميتاً وجب عليه الحد، وإنما ضمن ربع الدية؛ لأن المقذوف تلف بشهادته، وشهادة غيره وقد بقي من ثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق، ولو كان الشهود خمسة، أو أكثر، فرجع واحد منهم لم يضمن شيئاً؛ لأنه بقي من يقطع جميع الحق بشهادتهم، وإن رجع اثنان وهم خمسة ضمن الراجعان ربع الدية لما بينا أنه بقي من ثبت بهم ثلاثة أرباع الحق وإذا شهد أربعة، فزكوا فرجم، فإذا هم عبيد، فالدية على المزكين عند أبي حنيفة معناه: إذا رجعوا عن التزكية، بأن قالوا: علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: الدية في بيت المال، ولا شيء على المزكين؛ لأنهم أثنوا على الشهود خيراً، ولكنهم يعزرون عندهما.

ولأبي حنيفة: أن الشهادة إنما تصير حجة، وعاملة بالتزكية، فيضاف الحكم إليها، والخلاف فيما إذا قالوا: علمنا أنهم عبيد وزكيناهم. أما إذ ثبتوا على التزكية وزعموا أنهم أحرار، فلا ضمان عليهم، ولا على الشهود بل على بيت المال إجماعاً.

ولو قال المزكي: أخطأت في التزكية لا يضمن إجماعاً، كذا في المصفى، وإنما الخلاف إذا قال: علمت أنهم عبيد وتعمدت ذلك.

قوله: (**وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ الأَرْبَعَةِ حُدُّوا**)؛ لأنهم قذفة.

قوله: (**وَشَرْطُ إِحْصَانِ الرَّجْمِ أَنْ يَكُونَ حُرًّا بَالِغًا عَاقِلاً مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الإِحْصَانِ**) فإن كانت المنكوحة أمة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو كتابية، وقد دخل بها لا يكون محصناً، وكذا لو دخل بالأمة ثم أعتقت، أو أسلمت الكتابية ولم يوجد بعد ذلك وطء حتى زنى، فإنه لا يكون محصناً.

وقيد بــ«إحصان الرجم»: احترازاً عن إحصان لمقذوف، فإنه هناك عبارة عن اجتماع خمس شرائط لا غير:

1 - وهو البلوغ.

2- والعقل.

3- والإسلام.

4- والحرية.

5- والعفة عن فعل الزنا، وينقص عن إحصان الرجم بشيئين:

1 - النكاح.

2- والدخول.

مسألة: الشهادة على الإحصان تثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبالشهادة على الشهادة كالشهادة على الأموال.

وقال زفر: لا تثبت بشهادة النساء؛ لأنها شهادة لا يثبت بها القتل.

قلنا: القتل يثبت بالزنا، وأما الإحصان، فإنما هو سبب فيه، فلو وجب اعتبار الذكورية فيه كما وجب في الزنا لوجب اعتبار العدد الذي يثبت به الزنا. وهذا لم يقل به أحد، ولأن الإحصان: هو النكاح، والبلوغ، والعقل، والإسلام، والدخول، وكل واحد من هذه الأشياء يثبت بشهادة النساء مع الرجال عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع.

قوله: (وَلاَ يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الْجَلْد، وَالرَّجْمِ وَلاَ يُجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ، وَالنَّفْيِ إِلاَّ أَنْ يَرَى الإِمَامُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً فَيُعَزِّرُ بِهِ عَلَى مِقْدَارِ مَا يَرَاهُ) من ذلك، وإن رأى الإمام ذلك فعله على طريق التعزير لا على طريق الحد.

وقال الشافعي: يجمع بينهما على طريق الحد.

لنا: قوله تعالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [1]، وهذا بيان لجميع الحد، فلا يزاد عليه، فلو كان التغريب معه حداً لكانت الغاية بعض الحد، ولأن الحدود معلومة المقادير، وليس للنفي مقدار في مسافة البلدان.

قوله: (فَإِنْ زَنَى الْمَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجْمُ رُجِمَ)؛ لأن الإتلاف مستحق عليه، فلا معنى للامتناع بسبب المرض.

قوله: (وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الْجَلْدُ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ)؛ كي لا يفضي للهلاك، وهو غير مستحق عليه، ولهذا إذا كان الحر شديداً، أو البرد شديداً انتظر به زوال ذلك.

قوله: (وَإِذَا زَنَتْ الْحَامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا)؛ كي لا يؤدي إلى هلاك الولد، وهو نفس محترمة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجَلْدَ فَحَتَّى تَتَعَلَّى مِنْ نِفَاسِهَا) وفي بعض النسخ: «تتعالى»: وهو سهو، والصواب: «تتعلى» بغير ألف، أي ترتفع يريد به تخرج منه؛ لأن

(1) سورة النور: 2.

النفاس نوع مرض، وتجلد الحائض في حال الحيض؛ لأن الحيض ليس بمرض.

قوله: (وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الرَّجْمَ رُجِمَتْ فِي النِّفَاسِ)؛ لأن التأخير، إنما كان لأجل الولد، وقد انفصل.

وعن أبي حنيفة: تؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته، ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إذا كان الزنا ثابتاً بالبينة كي لا تهرب بخلاف الإقرار؛ لأن الرجوع عنه مقبول، فلا يفيد الحبس.

قوله: (وَإِذَا شَهِدُوا بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ وَلَمْ يَقْطَعْهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنْ الإِمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ إِلاَّ فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً) يعني إذا شهدوا بسرقة، أو شرب خمر، أو زنا بعد حين لم يؤخذ به ويضمن في السرقة المال. وأما حد القذف، والقصاص، فإنه لا يبطل بالتقادم؛ لأنهما من حقوق العباد، وحقوق العباد لا تبطل بالتقادم، ولو ثبت هذا كله بالإقرار، فإنه يصح ولا يبطل، بالتقادم إلا في شرب الخمر، فإن وجود الرائحة من شرطه عندهما.

وقال محمد: ليس من شرطه في البينة، والإقرار جميعاً، وإن جاءوا به من مكان بعيد تذهب الرائحة في مثل ذلك الوقت يقبل بالاتفاق.

وقوله: «لم تقبل شهادتهم»: وهل يحدون حد القذف؟

قال أبو الحسن الكرخي: الظاهر أنه لا حد عليهم؛ لأن الشهادة كاملة العدد، وإنما سقط الحد عن المشهود عليه بالشبهة، فلا يكون ذلك سبباً في إيجاب الحد على الشهود، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء، فكذلك يمنع الإقامة بعد القضاء.

وقال زفر: لا يمنع.

وفائدته: إذا هرب بعد ما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان، فإنه لا يقام عليه الحد؛ لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود، وعند زفر: يقام عليه الحد.

قوله: (وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ عُزِّرَ)؛ لأنه أتى منكراً.

قوله: (وَلاَ حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ وَإِنْ قَالَ عَلِمْت أَنَّهَا حَرَامٌ)؛ لأن الشبهة فيه حكمية، وهي نشأت على دليل، قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[1].

واعلم أن الشبهة نوعان:

1 - شبهة في المحل، وتسمى شبهة حكمية.

(1) تقدم تخريجه.

2- وشبهة في الفعل، وتسمى شبهة اشتباه.

فالشبهة في المحل في ستة مواضع:

1 - جارية ابنه.

2- والمطلقة بائناً بالكنايات.

3- والمبيعة في حق البائع قبل التسليم.

4- والممهورة في حق الزوج قبل القبض.

5- والجارية المشتركة بينه وبين غيره.

6- والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن، ففي هذه المواضع لا يجب الحد. وإن قال: علمت أنها حرام، ويجب المهر، ويثبت النسب إذا ادعاه، ولا يشترط تصديق المالك إذا كان المدعي جداً مع وجود الأب، ولا يجب الحد على قاذف هؤلاء.

وأما الشبهة في الفعل ففي ثمانية مواضع: جارية أبيه وأمه وزوجته، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدة، وبائناً بالطلاق على مال في العدة، وأم الولد إذا أعتقها المولى، وهي في العدة، وجارية المولى في حق العبد، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود: وهو الأصح كذا في الهداية. والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد عليه إذا قال: ظننت أنها تحل لي، وإن قال: علمت أنها حرام حد، ثم في كل موضع كانت الشبهة في الفعل لا يثبت نسب الولد منه وإن ادعاه، وفي كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه، ومن طلق زوجته ثلاثاً، ثم وطئها في العدة، وقال: علمت أنها حرام حد لزوال الملك في المحل من كل وجه، وتكون الشبهة منتفية، وإن قال: ظننت أنها تحل لي لم يحد؛ لأن الظن في موضعه؛ إذ أثر الملك قائم في حق النسب، والحبس، والنفقة، وأم الولد إذا أعتقها مولاها، والمختلعة، والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة ثلاثاً لثبوت الحرمة بالإجماع، وقيام بعض الآثار في العدة، وإن قال: أنت خلية، أو برية، أو أمرك بيدك، فاختارت نفسها، ثم وطئها في العدة، وقال: علمت أنها حرام علي لم يحد، وأما الجارية العارية، والمستعارة للخدمة، الوديعة، فيجب الحد فيهن مطلقاً، ومن وطئ جارية ابنه، أو جارية مكاتبه، أو وطئ امرأته في النكاح الفاسد مراراً، فعليه مهر واحد؛ لأنه شبهة ملك، وإن وطئ الابن جارية أبيه، أو جارية أمه مراراً، وقد ادعى الشبهة، فعليه لكل وطء مهر؛ لأن وطأه في ملك الغير، وإن كانت الجارية بين شريكين، فوطئها أحدهما مراراً، فعليه لكل وطء نصف مهر، كذا في الواقعات.

قوله: (وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ أَوْ وَطِئَ الْعَبْدُ جَارِيَةَ مَوْلَاهُ فَإِنْ

قَالَ: عَلِمْت أَنَّهَا حَرَامٌ حُدَّ)؛ لأنه لا شبهة لهما في الموطوءة.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: ظَنَنْت أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ وَلاَ عَلَى قَاذِفِهِ أيضاً)؛ لأن ظنه استند إلى ظاهر؛ لأن له تبسطاً في مال أبويه وزوجته، وكذا العبد في مال مولاه يأكل منه عند حاجته، فجاز أن يشتبه عليه الاستمتاع، فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة، فلا يحد قاذفه، وكذا إذا قالت الجارية: ظننت أنه يحل لي، والفحل لم يدع الحل؛ لأن الفعل واحد، فأيهما قال: ظننت أنها تحل لي درئ عنهما الحد، حتى يقرا جميعاً أنهما قد علما أن ذلك حرام عليهما.

قال في الواقعات: رجل زنى بجارية أبيه، أو أمه، أو جده، أو جدته، وقال: ظننت أنها تحل لي، وقالت الجارية: إنه حرام درئ الحد عنهما إجماعاً.

ولو كان على العكس بأن قالت الأمة: ظننت أنه حلال، وقال: هو علمت أنه حرام درئ الحد أيضاً عنهما عند أبي يوسف ومحمد.

وعند أبي حنيفة: يجب عليه الحد، ودرئ عنها.

وقوله: وإن قال: ظننت أنها تحل لي لم يحد، ولا يثبت النسب إذا ادعى أنه ابنه من هذا، الوطء فإن ملك الصبي عتق عليه، وإن ملك أمه لم تصر أم ولد له وكان له بيعها، وإن وطئ جارية من المغنم قبل القسمة وهو من الغانمين، فلا حد عليه، وإن قال: علمت أنها حرام؛ لأن الغنيمة مشتركة بين الغانمين، فله حكم الملك، ولا يثبت نسب الولد.

قوله: (وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ، وَقَالَ ظَنَنْت أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حُدَّ)؛ لأنه لا انبساط بينهما في المال، وكذا سائر المحارم سوى الأولاد.

قوله: (وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرَ امْرَأَتِهِ، وَقَالَتْ النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوْجَتُك فَوَطِئَهَا فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ) يعني مهر المثل وعليها العدة ولا يحد قاذفه؛ لأن وطأه في غير ملكه ويثبت نسب ولدها.

قوله: (وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ)؛ لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة، ولا تشبه مسألة الزفاف؛ لأنه هناك جاهل بها؛ لأن الإنسان لا يفرق بين امرأته وغيرها في أول الوهلة، ولهذا يثبت النسب في مسألة الزفاف، ولا يثبت في ولد هذه، وكذا إذا كان أعمى؛ لأنه يمكنه التمييز بالسؤال إلا إذا ادعاها، فأجابته أجنبية، وقالت: أنا زوجتك فوطئها لم يحد ويثبت نسب ولدها منه، وهي كالمزفوفة إلى غير زوجها.

قوله: (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لاَ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ) ويعزر إن كان يعلم ذلك، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: يحد إذا كان عالماً بذلك؛ لأنه عقد لم

يصادف محله، فيلغو.

ولأبي حنيفة: أنه ليس بزنا؛ لأن الله تعالى لم يبح الزنا في شريعة أحد من الأنبياء، وقد أباح نكاح ذوات المحارم في شريعة بعض الأنبياء، وإنما عزر؛ لأنه أتى منكراً.

قوله: (وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ) ويودع في السجن.

وقال أبو يوسف ومحمد: وهو كالزنا وعليه الحد هذا على وجهين: إن كان فعله في زوجته، أو أمته، فلا حد عليه، ويعزر، وإن فعله في أجنبية، أو في رجل، فلا حد عليه عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يسمى زنا ويعزر؛ لأنه أتى منكراً.

وقيل: الخلاف في الغلام، أما إذا أتى أجنبية في دبرها يحد إجماعاً. ولو فعله في عبده، أو أمته، أو زوجته لا يحد بلا خلاف ويعزر، كذا في الفتاوى.

والاستمناء حرام، وفيه التعزير. ولو مكن امرأته، أو أمته من العبث بذكره، فأنزل، فإنه مكروه، ولا شيء عليه. ثم على قولهما: إذا أتى أجنبية في دبرها، أو عمل عمل قوم لوط، فإنهما يحدان جميعاً إن كانا محصنين رجما، وإن لم يكونا محصنين جلدا؛ لأنه في معنى الزنا، ثم الشهادة على اللواط لا بد فيها من أربعة عندهما كالزنا.

وعند الشافعي: من عمل عمل قوم لوط قتل الفاعل، والمفعول به على كل حال محصنين كانا، أو غير محصنين.

قوله: (وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ)؛ لأنه ليس بزنا.

وقوله: «ويعزر»؛ لأنه منكر، ويقبل في ذلك شاهدان؛ لأنه ليس بزنا.

ولو مكنت امرأة قرداً من نفسها، فوطئها كان حكمها كإتيان الرجل البهيمة.

قوله: (وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْنَا لَمْ يُقَمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ) وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: يحد.

لنا: أنه زنى في موضع لا يد للإمام فيه، فلم يحد ولا يقام بعد ما أتانا؛ لأنه لم ينعقد موجباً.

الأصل عند أبي حنيفة: أن الحربي المستأمن، والحربية المستأمنة بمنزلة الغائب، والغائبة.

وعند محمد: بمنزلة المجنون، والمجنونة، والصبي، والصبية.

وعند أبي يوسف: بمنزلة الذمي، والذمية.

بيانه: أن المسلم، والذمي إذا زنى بحربية مستأمنة، فإنه يحد المسلم، ولا تحد المستأمنة عند أبي حنيفة ومحمد. أما على قول أبي حنيفة؛ فلأنها كالغائبة، ومن زنى بامرأة، ثم غابت يحد الرجل.

وعند محمد: هي كالمجنونة، فصار كعاقل زنى بمجنونة، فإنه يحد.

وعلى قول أبي يوسف: يحدان جميعاً كذمي زنى بذمية، ولو زنى حربي مستأمن بمسلمة، أو ذمية لا يحد الحربي وهو كغائب عند أبي حنيفة وتحد الذمية، أو المسلمة.

وعند محمد: لا يحدان جميعاً كمجنون زنى بعاقلة.

وعند أبي يوسف: يحدان جميعاً كذمي زنى بذمية، فإنهما يحدان جميعاً بالإجماع.

ثم الأصل: أن الحد متى سقط عن أحد الزانيين بالشبهة سقط عن الآخر للشركة كما إذا ادعى أحدهما النكاح، والآخر ينكر، ومتى سقط لقصور الفعل، فإن كان القصور من جهتها سقط الحد عنها ولم يسقط عن الرجل كما إذا كانت صغيرة، أو مجنونة، أو مكرهة، أو نائمة، وإن كان القصور من جهته سقط عنهما جميعاً كما إذا كان مجنوناً، أو صبيّاً، أو مكرهاً، ثم حد السرقة، والزنا لا يقام على المستأمن عندهما.

وقال أبو يوسف: يقام عليه وحد الشرب لا يقام عليه بالإجماع وحد القذف، والقصاص يقام عليه بالإجماع. وأما الذمي، فهو فيما سوى حد الشرب كالمسلم إجماعاً. ولا يجب عليه حد الشرب وإذا زنى الصبي، أو المجنون بامرأة مطاوعة، فلا حد عليه ولا عليها.

وقال زفر: عليها الحد وإذا زنى صحيح بمجنونة، أو صغيرة حد الرجل خاصة إجماعاً.

لنا: أن فعل الزنا يتحقق منه، وإنما هي محل للفعل، ولهذا يسمى هو واطئاً وزانياً، وهي موطوءة ومزنى بها، إلا أنها سميت زانية مجازاً لكونها مسببة بالتمكين، فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبح الزنا، وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه أثم بمباشرته، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة، وإذا زنى بجارية فقتلها بفعل الزنا حد، وعليه القيمة.

وعن أبي يوسف: لا يحد؛ لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملكها، فكأنه اشتراها بعد ما زنى بها ومن زنى بأمة، ثم اشتراها، أو وهبت له وقبضها، أو ورثها، أو أوصي له بها، أو ملك شيئاً منها درئ عنه الحد عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: عليه الحد. ولو غصب أمة فزنى بها فماتت من ذلك، أو غصب حرة ثيباً فزنى بها فماتت من ذلك، فإن أبا حنيفة قال: عليه الحد في الوجهين: وعليه مع ذلك دية الحرة وقيمة الأمة. أما الحرة، فلا إشكال فيها؛ لأنها لا تملك بدفع الدية. وأما

الأمة فإنها تملك بدفع القيمة إلا أنه قال: إن الضمان وجب بعد الموت، والميت لا يصح تمليكه. ولو لم تمت ولكن ذهب بصرها غرم القيمة على قول أبي حنيفة: ولا حد عليه، وهذا بمنزلة الشراء.

وقال أبو يوسف: ليس عليه حد في الأمة في الوجهين جميعاً؛ لأنه ملكها بالضمان، فيصير كملكها بالشراء.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل فجر بامرأة، ثم تزوج بها قال: لا حد عليه.

وروي عنه أيضاً: أن عليه الحد، وهو قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الحرة لا يملك بضعها بالنكاح، وكذا يجب عليها الحد أيضاً إذا زنى، ثم تزوجها. ومن أقر أنه زنى بامرأة وهي تنكر لم يحد عند أبي حنيفة وزفر، وعندهما: يحد، والله أعلم.

باب حد الشرب

قوله رحمه الله: (وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودٌ) معه، أو جاءوا به سكران (فَشَهِدَ عَلَيْهِ الشُّهُودُ بِذَلِكَ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ) وكذا إذا أقر وريحها موجود معه وسواء شرب من الخمر قليلاً أو كثيراً، وإنما شرط وجود ريحها معه وقت الشهادة؛ لأن من شهد على رجل بزنا متقادم، أو شرب خمر متقادم، أو سرقة قديمة لم تقبل الشهادة.

قوله: (فَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رِيحِهَا لَمْ يُحَدَّ) هذا عندهما.

وقال محمد: يحد وكذا إذا شهدوا عليه بعد ذهاب ريحها، والسكر لم يحد عندهما.

وقال محمد: يحد فالتقادم يمنع من قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه قدره بالزمان اعتباراً بحد الزنا.

وعندهما: مقدر بزوال الرائحة، وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا.

وعندهما: لا يحد إلا عند قيام الرائحة، فإن أخذه الشهود وريحها معه، أو سكران، فذهبوا به إلى مصر فيه الإمام، فانقطعت الرائحة قبل أن يصلوا به حد إجماعاً.

روي أن رجلاً جاء بابن أخيه إلى ابن مسعود رضي الله عنه فقال له: إن هذا ابن أخي، وإنه كان يتيماً في حجري، وقد شرب الخمر فسأله ابن مسعود، فأقر فقال لعمه: بئس كافل اليتيم أنت إنك لم تحسن أدبه ولا سترت عليه جريمته، ثم قال: ترتروه ومزمزوه، فإن وجدتم ريحاً فاجلدوه. الترترة: أن يحرك ويستنكه، وهذا يدل على أن بقاء الرائحة شرط في إقامة الحد.

وقوله: «مزمزوه»: بالزاي أي حركوه، وأقبلوا به وأدبروا.

قوله: (وَمَنْ سَكِرَ مِنْ النَّبِيذِ حُدَّ) إنما شرط السكر؛ لأن شربه من غير سكر لا يوجب الحد بخلاف الخمر، فإن الحد يجب بشرب قليلها من غير اشتراط السكر.

قوله: (وَلاَ حَدَّ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رِيحُ الْخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا)؛ لأن ذلك لا يدل على شربها باختياره لجواز أن يكون أكره، أو شربها في حال العطش مضطراً لعدم الماء، فلا يحد مع الشك.

قوله: (وَلاَ يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنْ النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا)؛ لأنه يحتمل أنه سكر من غير النبيذ كالبنج ولبن الرماك، أو شرب النبيذ مكرهاً، فلا يحد بالشك.

قوله: (وَلاَ يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ) ليحصل الانزجار؛ لأنه زائل العقل كالمجنون، والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل نطقاً ولا جواباً، ولا يعرف الرجل من المرأة، ولا الأرض من السماء، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: هو الذي يهذي ويخلط كلامه، وإلى هذا مال أكثر المشايخ.

وعن أبي يوسف: يستقرأ ﴿ قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝ ﴾[1]، فإن أمكنه قراءتها، وإلا حد ولا يحد السكران بإقراره على نفسه في حال سكره لاحتمال الكذب في إقراره فيحتال الدرء به؛ لأنه خالص حق الله بخلاف حد القذف؛ لأن فيه حق العبد، فالسكران فيه كالصاحي عقوبة له، ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع الشك.

قوله: (وَحَدُّ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ مِنْ النَّبِيذِ فِي الْحُرِّ ثَمَانُونَ سَوْطًا) يجوز في السكر ضم السين وفتحها مع سكون الكاف وبفتح السين وتحريك الكاف، فإذا قال بفتحتين يكون العصير، وإذا قال بالسكون وضم السين يكون حد الخمر بمجرد الشرب وحد سائر الأشربة بعد حصول السكر، والشيخ رحمه الله مال إلى السكون، والضم.

قوله: (يُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا ذُكِرَ فِي حَدِّ الزِّنَا) ويجتنب الوجه، والرأس ويجرد في المشهورة.

وعن محمد: لا يجرد.

قوله: (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوْطًا)؛ لأن الرق منصف.

---

(1) سورة الكافرون: 1.

قوله: (وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ، وَالسُّكْرِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُحَدَّ)؛ لأنه خالص حق الله، فقبل فيه الرجوع كحد الزنا، والسرقة، والسكر ههنا بفتحتين متواليتين.

(وَيَثْبُتُ) حد الشرب (بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وعن أبي يوسف: يشترط الإقرار مرتين.

قوله: (وَلاَ يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ)؛ لأنه حد، ولا مدخل لشهادة النساء في الحدود، والله أعلم.

باب حد القذف

الأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾[1] الآية، والمراد بالرمي الرمي بالزنا بالإجماع دون الرمي بغيره من الفسوق، والكفر وسائر المعاصي، وفي النص إشارة إليه، وهو اشتراط أربعة من الشهود، وذلك مختص بالزنا.

قوله رحمه الله: (إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلاً مُحْصَنًا أَوْ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا) بأن قال: يا زاني، أو أنت زنيت، أو أنت زاني. أما إذا قال: أنت أزنى الناس، فإنه لا يحد، فإن معناه أنت أقدر الناس على الزنا، وإنما قال: بصريح الزنا؛ لأنه لا يجب بالكناية، حتى لو قذف رجلاً بالزنا، وقال له آخر: صدقت لا حد على الذي، قال: صدقت؛ لأنه ليس بصريح في القذف.

قوله: (فَطَالَبَهُ الْمَقْذُوفُ بِالْحَدِّ) بشرط مطالبته؛ لأنه حقه، ولا بد أن يكون المقذوف ممن يتصور منه فعل الزنا، حتى لو كان مجبوباً، أو خنثى لا يحد قاذفه، ويسقط الحد عن القاذف بتصديق المقذوف، أو بأن يقيم أربعة على زنا المقذوف سواء أقامها قبل الحد، أو في خلاله على إحدى الروايات، فإن أقامها بعد الحد.

قال في الكرخي: أطلقت شهادته وأجيزت؛ لأن بهذه البينة ثبت زناه، فتبين أنه قذف غير محصن، والضرب الذي ليس بحد لا يمنع قبول الشهادة.

وفي شرحه: إذا أقام البينة بعد استيفاء الحد على الكمال لم تقبل بينته، فيحتمل أن يكون فيه اختلاف المشايخ. فإن قيل: النص ورد في قذف المحصنات، فكيف أشركتم المحصنين معهن؟

قلنا: النص وإن ورد فيهن، فالحكم يثبت في المحصنين بدلالة النص؛ لأن الوجوب لدفع العار، وهو يعم الجميع، وإنما خصهن؛ لأن القذف في الأعم لهن.

---

(1) سورة النور: 4.

قوله: (حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إِنْ كَانَ حُرًّا) قال في الهداية: لا خلاف أن فيه حق الشرع، وحق العبد؛ لأنه شرع لدفع العار عن المقذوف، فمن هذا الوجه هو حق العبد ثم إنه شرع زاجراً، ومنه سمي حداً، وهذا آية حق الشرع حتى إنه إذا ادعاه، ثم عفا فعفوه باطل عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الذي يستوفيه الإمام دون المقذوف، فبان لنا أنه حق الله مختلط بحق العباد، وإذا تعارضت الجهتان، فأصحابنا مالوا إلى تغليب حق الشرع؛ لأن مال العبد يتولاه مولاه؛ ولأنه حد يتضمن عدداً، لا تجوز الزيادة عليه؛ ولأن النقصان منه فكان حقاً لله تعالى كحد الزنا، والسرقة؛ ولأنه يتنصف بالرق، فإذا ثبت أنه حق لله تعالى لم يورث، ولا يجوز العفو.

والشافعي رحمه الله مال فيه إلى تغليب حق العبد باعتبار حاجته، وغنى الشرع حتى أن من قذف رجلاً فمات المقذوف بطل الحد عندنا.

وقال الشافعي: لا يبطل وإن مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا، وعنده لا يبطل بناء على أنه يورث عنده؛ لأنه حق العبد، وعندنا: لا يورث؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى، ولو قذف رجلاً فطالب المقذوف بالحد، فقال القاذف: أنا عبد، فحدني حد العبد، وقال المقذوف: أنت حر فالقول قول القاذف، حتى يقيم المقذوف بينة عليه، وكذا إذا قال القاذف للمقذوف أنت عبد، فلا يجب علي في قذفك حد، وقال المقذوف: أنت حر فالقول قول القاذف أيضاً، ولو كرر القذف بعد الحد لا حد على القاذف ذكره في الهداية في باب السرقة، وأشار إليه في الكرخي أيضاً في باب اللعان حيث قال: والملاعن إذا كرر لفظ القذف لم يلزمه حد، ولو قذف جماعة بكلمة واحدة، أو قذف كل واحد منهم بكلام على حدة، أو في أيام متفرقة، فخاصموا ضرب لهم حداً واحداً، وكذا إذا خاصم بعضهم دون بعض فحد، فالحد يكون لهم جميعاً، وكذا إذا حضر واحد منهم، فإنما على القاذف حد واحد لا غير، فإن حضر بعد ذلك من لم يخاصم في قذفه بطل الحد في حقه ولم يحد لهم مرة أخرى.

وقال الشافعي: إن قذفهم بكلمة واحدة وجب حد واحد، وإن كرر القذف، فلكل واحد منهم الحد، ثم عندنا إذا حد القاذف، وفرغ من حده، ثم قذف رجلاً آخر، فإنه يحد للثاني حد آخر، ولو قذف رجلاً فضرب تسعة وسبعين سوطاً، ثم قذف آخر ضرب السوط الباقي، ولم يكن عليه حد للثاني.

والأصل: أنه متى بقي من الحد الأول شيء، فقذف آخر قبل تمامه ضرب بقية الحد للأول ولم يحد للثاني، ولو قذف رجلاً ولم يكن مع المقذوف بينة على أنه قذفه، وأراد استحلافه بالله ما قذفه، فإن الحاكم لا يستحلفه عندنا؛ لأنه دعوى حد كحد الزنا.

وقال الشافعي: يستحلف، ويجوز في الشهادة على القذف شهادة رجلين، ولا يجوز شهادة رجل وامرأتين، ولا شهادة على شهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي، فإن أقام القاذف على المقذوف بينة أنه صدقه على قذفه رجلاً وامرأتين، أو شاهدين على شهادة شاهدين، أو أتى بكتاب قاض إلى قاض جاز.

قوله: (يُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ)؛ لأن جمعه في موضع واحد يؤدي إلى التلف، وليس التلف بمستحق عليه ويتقي الوجه، والرأس.

قوله: (وَلاَ يُجَرَّدُ مِنْ ثِيَابِهِ) بخلاف حد الزنا، كذا في الهداية.

قال في الخجندي: يضرب في الحدود كلها في إزار واحد إلا في حد القذف، فإنه لا ينـــزع عنه الثياب، وإنما ينزع عنه الفرو، والحشو.

قوله: (غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الْفَرْوُ، وَالْحَشْوُ)؛ لأن بقاء ذلك يمنع حصول الألم. أما إذا كان عليه قميص، أو جبة، فإنه يضرب على ذلك حد القذف، ويلقى عنه الرداء.

قوله: (فَإِنْ كَانَ الْقَاذِفُ عَبْدًا جُلِدَ أَرْبَعِينَ)؛ لأن حد العبد على النصف من حد الأحرار، فإن قلت: الآية مطلقة ﴿ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ (1)، فمن أين جعل حد العبد أربعين؟

قلنا: مراد الآية الأحرار بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً ﴾ (2)، والعبد لا تقبل شهادته وإن لم يقذف.

قوله: (وَالإِحْصَانُ أَنْ يَكُونَ الْمَقْذُوفُ حُرًّا بَالِغًا عَاقِلاً مُسْلِمًا عَفِيفًا عَنْ فِعْلِ الزِّنَا) هذه خمس شرائط لا بد منها في إحصان القذف.

والعفيف: هو الذي لم يكن وطئ امرأة بالزنا، ولا بالشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره، فإن وجد ذلك منه في عمره مرة واحدة، لا يكون محصناً ولا يحد قاذفه.

قوله: (وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْت لأَبِيك أَوْ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالَبَهُ الابْنُ بِحَدِّهَا حُدَّ الْقَاذِفُ) هذا إذا كانت أمه حرة مسلمة، فإن كانت حية محصنة كان لها المطالبة بالحد؛ لأن الحق لها، وإن كانت غائبة لم يكن لأحد أن يتولاه غيرها؛ لأن الحد لا يجوز النيابة فيه، وإن قال: ليس هذا أباك، فإن قاله: في رضا فليس بقاذف؛ لأنه يحتمل المزح، وإن قاله: في غضب حد؛ لأنه قصد نفي نسبه عنه، وإن قال:

---

(1) سورة النور: 4.

(2) سورة النور: 4.

لست لأبيك، أو لست لأمك لم يحد؛ لأنه كلام موصول، وإن قال: لست لأمك فليس بقاذف؛ لأنه كذب فكأنه قال: لم تلدك أمك وكذا إذا قال: لست لأبويك لم يكن قاذفاً، وإن قال: لست بابن فلان يعني جده لا يحد؛ لأنه صادق. ولو نسبه إلى جده لم يحد أيضاً، وإن قال: لست لأبيك وأمه حرة وأبوه عبد لزمه الحد لأمه وإن كانت أمه أمة وأبوه حراً لم يحد؛ لأن أمه ليست محصنة ويعزر.

وقيد بقوله: «ميتة»؛ لأنه إذا قذفها، وهي حية ثم ماتت قبل إقامة الحد بطل الحد؛ لأنه لا يورث عندنا خلافاً للشافعي.

ولو قال: يا ابن الزانيتين وكانت أمه مسلمة، فعليه الحد ولا يبالي إن كانت الجدة مسلمة أم لا، وإن كانت الجدة مسلمة، والأم كافرة لا حد عليه.

ولو قال: يا ولد الزنا، أو يا ابن الزنا حد؛ لأنه قذف أباه وأمه، وإن قال: يا ابن ألف زانية حد؛ لأنه قذف الأم ومن فوقها من الأمهات وقذف الأم يكفي في إيجاب الحد.

ولو قال: يا ابن القحبة لم يحد ويعزر؛ لأن القحبة قد تكون المتعرضة للزنا، وإن لم تفعل فلم يكن هذا صريح قذف، وكذا إذا قال: يا ابن الفاجرة، أو ابن الفاسقة، ولو قال: يا قواد فليس بقاذف؛ لأنه يحتمل قواد الدواب وغيرها.

قوله: (**وَلاَ يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلاَّ مَنْ يَقَعُ الْقَدَحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ**) وهو الولد، والوالد؛ لأن العار يلحق به لمكان الحرية.

وعند الشافعي: يثبت لكل وارث؛ لأنه عنده يورث.

وعندنا: ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث، بل بما ذكرنا، ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت خلافاً لمحمد، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد، كذا في الهداية. وأما الإخوة، والأعمام، والأخوال وأولادهم، فليس لهم حق الخصومة، ولو قال لرجل: لم يلدك أبوك، فلا حد عليه؛ لأنه صادق؛ لأن حال ما طرحه الأب في رحم أمه، إنما كان نطفة ولم يكن ولداً، وإنما ولدته أمه.

قوله: (**وَإِنْ كَانَ الْمَقْذُوفُ مُحْصَنًا جَازَ لابْنِهِ الْكَافِرِ، وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ**) وقال زفر: ليس لهما ذلك؛ لأن القذف يتناولهما لرجوع العار إليهما.

ولنا: أنه عيره بقذف محصن، فيجب عليه الحد، ولو كانت المقذوفة ميتة نصرانية، أو أمة ولها ولد مسلم لم يكن على قاذفها حد؛ لأنه لم يقذف محصنة.

قوله: (**وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلاَهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ**)؛ لأنه لا يملك

مطالبة مولاه بحد القذف لنفسه، فلا يملكه لأمه فإن أعتق بعد ذلك لم يكن له أن يطالب مولاه أيضاً؛ لأنه لما لم يثبت له المطالبة في الحال لم يثبت له بعد ذلك، وكذا الولد ليس له أن يطالب أباه بقذف أمه الميتة؛ لأنه لا يملك ذلك على أبيه لنفسه، فلا يملكه لأمه، فلو كان لها ابن من غيره، أو كان لأم المملوك ولد حر غير المملوك كان لهما المطالبة؛ لأنها كالأجنبيين.

قوله: (فَإِنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ)؛ لأنه قد تعلق به حق الآدمي.

قوله: (وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نَبَطِيٌّ لَمْ يُحَدَّ)؛ لأنه أراد به التشبيه في الأخلاق وعدم الفصاحة، فلا يكون قذفاً.

والنبط جيل من الناس بسواد العراق، وكذا إذا قال: لست بعربي، أو يا ابن الخياط، أو يا ابن الأعور وليس أبوه كذلك لم يكن قاذفاً، ولو قال: لست بابن آدم، أو لست بإنسان، أو لست برجل، أو ما أنت بإنسان لم يكن قاذفاً. وإن قال: لست لأب، أو لست ولد حلال، فهو قذف.

ولو قال لرجل يا زانية لم يحد عندهما.

وقال محمد: يحد؛ لأن الهاء قد تدخل في الكلام للمبالغة في الصفة يقال: رجل علامة.

ولهما: أنه أحال كلامه فوصف الرجل بصفة المرأة.

ولو قال لامرأة: يا زاني بغير الهاء، فإنه يحد بالإجماع؛ لأن الأصل في الكلام التذكير، وإن قال لرجل زنأت حد، وإن قال زنأت في الجبل حد أيضاً عندهما.

وقال محمد: لا يحد؛ لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وهي ترقص ابنها:

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل ولا تكونن كهلوف وكل

وارق إلى الخيرات زنئاً في الجبل

عمل اسم خاله، أي لا تتجاوزنا في الشبه، والهلوف الثقيل الجافي العظيم اللحية، والوكل العاجز الذي يكل أمره إلى غيره، ولأن ذكر الجبل يقرره مراد أولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً وحالة الغضب، والمشاتمة تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما إذا قال: يا زانئ بالهمزة، أو قال: زنأت ولم يذكر الجبل، وذكر الجبل، إنما يعين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة «على»؛ لأنه هو المستعمل فيه، ولو قال: زنأت على الجبل لم يحد لما ذكرنا.

وقيل: يحد، كذا في الهداية.

ولو قذف رجلاً بغير لسان العرب، أي لسان كان فهو قاذف، ولو قال لامرأة: يا زانية فقالت زنيت بك حدت المرأة، ولا يحد الرجل؛ لأنها صدقته حين قالت: زنيت وقذفته بقولها: «بك» فسقط حكم قذفه وبقي حكم قذفها، ولو قال: يا زانية فقالت: لا، بل أنت الزاني حداً جميعاً؛ لأن كل واحد منهما قذف الآخر، ولم يوجد من المقذوف تصديق، ولو قال: يا زانية فقالت زنيت معك، فلا حد على واحد منهما؛ لأن قولها: «زنيت» تصديق، وقولها: «معك» يحتمل أن يكون وأنت حاضر، أو شاهد فلم يكن قذفاً، ولو قال: يا زانية فقالت أنت أزنى مني حد الرجل؛ لأنه قذفها، وليست هي بقاذفة؛ لأنه يحتمل أنت أعلم مني بالزنا، ولو قال لرجل: ما رأيت زانياً خيراً منك، أو قال ذلك لامرأة، فلا حد عليه؛ لأنه جعل المخاطبين خيراً من الزناة، وهذا لا يقتضي المشاركة في الزنا.

ولو قال لامرأة: زنى بك زوجك قبل أن يتزوجك، فهو قذف؛ لأن الزنا يصح منها قبل النكاح، ولو قال: زنى فخذك، أو ظهرك فليس بقاذف، وإن قال: زنى فرجك فهو قاذف، وإن قال: زنى بك فلان بأصبعه، فليس بقاذف، وإن قال: زنيت وأنت صغيرة، أو مكرهة، أو نائمة، أو مجنونة لم يحد، وكذا إذا قال: وطئت وطئاً حراماً؛ لأن وطء الحرام، قد يكون بالزنا وغيره.

ولو قال لأمة: قد أعتقت، أو لكافرة قد أسلمت زنيت وأنت أمة، أو كافرة فعليه الحد؛ لأنه قاذف يوم تكلم بزناها، والمعتبر عندنا في القذف حال ظهوره دون حال الإضافة.

ولو قال لرجل: اذهب فقل لفلان: يا زاني، أو يا ابن الزانية، فلا حد على المرسل؛ لأنه أمره بالقذف ولم يقذف، والأمر ليس بقذف كما أن الأمر بالزنا ليس بزنا. وأما الرسول، فإن قذف قذفاً مطلقاً حد وإن قال له: إن فلاناً أرسلني إليك يقول لك: كذا، فلا حد عليه؛ لأنه حاك للقذف عن غيره، وإن قال: زنيت وفلان معك فهو قذف لهما، وإن قال: عنيت فلاناً معك شاهداً لم يلتفت إلى ذلك وعليه الحد؛ لأنه عطف فلاناً على الضمير في زنيت، فاقتضى اشتراكهما في الفعل.

وإن قال لامرأة: زنيت ببعير، أو بثور، أو بحمار، أو بفرس، فلا حد عليه؛ لأنه أضاف الزنا إلى من يكون منه الوطء، فكأنه قال: وطئك حمار، أو ثور، وإن قال: زنيت ببقرة، أو بشاة، أو بثوب، أو بدراهم، فهو قاذف؛ لأن الأنثى لا يكون منها فعل الزنا لأنثى، فحمل ذلك على العوض، وإن قال لرجل: زنيت ببقرة، أو بناقة، فلا حد عليه؛ لأنه لا يكون بذلك زانياً، وإن قال: زنيت بأمة حد، وإن قال: زنيت بثور، أو ببعير لم

يكن قاذفاً.

قوله: (وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ)؛ لأنه يحتمل المدح بحسن الخلق، والكرم، والصفاء؛ ولأن ابن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه، وهو اسم لجد النعمان بن المنذر.

قوله: (وَإِنْ نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ أَوْ إِلَى خَالِهِ أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ)؛ لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً، قال الله تعالى: ﴿ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ ﴾[1] وإسماعيل كان عمّاً له، وفي الحديث: «الخال أب»[2]، وزوج الأم يسمى أباً للتربية.

قوله: (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ) قيد بغير الملك احترازاً عن وطء امرأته الحائض وأمته المجوسية، فإنه حرام في الملك، وإنما لا يحد قاذف الواطئ في غير الملك؛ لأن الوطء في غير الملك يشبه الزنا، وهو كمن وطئ المعتدة منه من طلاق بائن، أو ثلاث، فهذا وطء حرام في غير الملك، وكذا إذا وطئ أمته، وهي أخته من الرضاعة، أو أمه من الرضاعة لم يحد قاذفه؛ لأنها حرام حرمة مؤبدة بخلاف وطء امرأته الحائض وأمته المجوسية؛ لأنها حرمة مؤقتة، وكذا إذا تزوج أختين في عقد واحد، أو امرأة وعمتها، أو خالتها ووطئهما، فلا حد على قاذفه، وكذا إذا وطئ أمة بينه وبين غيره، أو جارية أبيه، أو أمه، أو أمة قد وطئها أبوه، أو وطئ هو أمها، فلا حد على قاذفه، وإن وطئ مكاتبته، فعندهما: يحد قاذفه؛ لأنها ملكه وتحريمها عارض، فهي كالحائض، والمجوسية.

وقال أبو يوسف وزفر: لا يحد قاذفه؛ لأن ملكه زال عن وطئها بدلالة وجوب المهر عليه، وإن تزوج امرأة بغير شهود، أو امرأة وهو يعلم أن لها زوجاً، أو في عدة من زوج، أو ذات رحم محرم منه وهو يعلم فوطئها، فلا حد على قاذفه، وإن أتى شيئاً من ذلك بغير علم.

قال أبو يوسف: يحد وإن تزوج أمة على حرة فوطئها يحد قاذفه، وإن لمس امرأة لشهوة، أو قبلها، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم تزوج بنتها ودخل بها، أو تزوج أمها ودخل بها لم يسقط إحصانه عند أبي حنيفة، حتى أنه يحد قاذفه عنده.

---

(1) سورة البقرة: 133.

(2) قال الزيلعي في نصب الراية (353/3): قال عليه السلام: «الخال أب»؛ قلت: حديث غريب. وفي «الفردوس» لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً: «الخال والد من لا والد له»، انتهى.

وقال أبو يوسف ومحمد: يسقط إحصانه، حتى أنه لا يحد قاذفه.

قوله: (وَالْمُلاَعَنَةُ بِوَلَدٍ لاَ يُحَدُّ قَاذِفُهَا)؛ لأن ولدها غير ثابت النسب من أحد، فإن ادعى الأب الولد بعد القذف لم يحد قاذفها، وإن قذفها قاذف بعد ما ادعى الأب الولد حد، وإن كانت ملاعنة بغير ولد فقذفها قاذف حد، وإن دخل حربي إلينا بأمان فقذف مسلماً حد؛ لأن فيه حق العبد، وحد الشرب لا يقام عليه كالذمي وحد السرقة، والزنا لا يقام عليه عندهما.

وقال أبو يوسف: يقام عليه.

وأما الذمي، فإنه يقام عليه حد الزنا، والسرقة بالإجماع.

{مطلب في التعزير}

قوله: (وَمَنْ قَذَفَ أَمَةً أَوْ عَبْدًا أَوْ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ كَافِرًا بِالزِّنَا) عزر، ويبلغ بالتعزير غايته؛ لأنه قذف بجنس ما يجب فيه الحد.

قوله: (أَوْ قَذَفَ مُسْلِمًا بِغَيْرِ الزِّنَا فَقَالَ: يَا فَاسِقُ أَوْ يَا خَبِيثُ عُزِّرَ) الا أنه لا يبلغ بالتعزير غايته في هذا، بل يكون الرأي فيه إلى الإمام، فيعزره على قدر ما يرى وكذا إذا قال: يا فاجر، أو يا يهودي، أو يا نصراني، أو يا مجوسي، أو يا كافر، أو يا مخنث، أو يا ابن الفاسق، أو يا ابن الفاجر، أو يا ابن القحبة، أو يا ابن الفاسقة، أو يا ابن الخبيثة، أو يا لص، أو يا سارق، فإنه يعزر في جميع ذلك. أما إذا قال: يا فاسق، أو يا لص، أو يا سارق، وهو كذلك لم يعزر، وكذا إذا قال يا آكل الربا، أو يا شارب الخمر، وكان يفعل ذلك لم يعزر، وإن لم يفعله عزر.

قوله: (وَإِنْ قَالَ يَا حِمَارُ يَا خِنْزِيرُ لَمْ يُعَزَّرْ) وكذا إذا قال: يا كلب، أو يا قرد، أو يا ثور، أو يا ابن الكلب، أو يا ابن الحمار لم يعزر؛ لأنه كاذب؛ ولأن العرب قد تتسمى بهذه الأسماء يقال: سفيان الثوري ودحية الكلبي. وقيل في عرفنا يعزر في جميع ذلك؛ لأنه يعد سباً.

وقيل: إن كان المسبوب به من الفقهاء، أو العلوية يعزر وإلا فلا، وهذا أحسن، ولو قال: يا لاهي يا مسخرة، أو يا ضحكة، أو يا مقامر فالظاهر: أنه يعزر، وإن قال: يا بليد عزر، كذا في الواقعات.

وإن قال: يا سفلة عزر.

واختلفوا في السفلة؟

قال أبو حنيفة: هو الكافر.

وقال أبو يوسف: هو الذي لا يبالي بما قال، وما قيل له.

وقال محمد: وهو المقامر، واللاعب بالطنبور.

وقال محمد بن سلمة: هو الذي يأتي الأفعال الدنيئة.

وقال نصر بن يحيى: هو الذي إذا دعي إلى الطعام أكل وحمل.

قوله: (وَالتَّعْزِيرُ أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلاثُونَ سَوْطًا وَأَقَلُّهُ ثَلاثُ جَلَدَاتٍ)؛ لأن أقل من ذلك لا يقع به الانزجار وهذا قولهما، ولا يبلغ به إلى الأربعين، لقوله عليه السلام: «من أتى حداً في غير حد، فهو من المعتدين»[1]، والأربعون حد في العبيد في القذف فينقص منه سوط ويستوي في التعزير الحر، والعبد، والمرأة، والرجل؛ لأن المقصود به الانزجار.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا) اعتبر أبو يوسف: أقل الحد في الأحرار؛ إذ الأصل هو الحرية، وأقل حد في الحر: ثمانون، فينقص منه سوط في رواية، وهو قول زفر، وفي رواية الكتاب: ينقص منه خمسة أسواط، وهو مأثور عن علي رضي الله عنه وتأويله أن علياً -كرم الله وجهه- كان يعقد لكل خمسة عقدة، فلما بلغ خمساً وسبعين عقد وذلك خمس عشرة عقدة، ثم لم يعقد في الباقي وهو أربع جلدات؛ لأنها لم تبلغ خمساً، فظن الراوي أنه اقتصر على خمس وسبعين، فأما العبد فيعزر على قول أبي يوسف خمساً وثلاثين؛ لأن أدنى حده أربعون فينقص خمسة قياساً على الحر، وكذا أيضاً عند أبي حنيفة يعزر العبد ما بين ثلاثة أسواط إلى تسعة وثلاثين على ما يراه القاضي.

ثم التعزير على أربع مراتب:

1 - تعزير الأشراف كالدهاقنة، والقواد.

2- وتعزير أشراف الأشراف كالفقهاء، والعلوية.

3- وتعزير الأوساط.

4- وتعزير الخساس.

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (354/3): قال عليه السلام:«من بلغ حداً في غير حد، فهو من المعتدين»؛ قلت: أخرجه البيهقي عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير، وقال: المحفوظ مرسل، قال في «التنقيح»: ورواه ابن ناجية في «فوائده» حدثنا محمد بن حصين الأصبحي حدثنا عمر بن علي المقدمي حدثنا مسعر عن خاله الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من بلغ حداً»، الحديث؛ ورواه محمد بن الحسن في «كتاب الآثار» مرسلاً، فقال: أخبرنا مسعر بن كدام أخبرني الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من بلغ حداً» الحديث.

فتعزير الأشراف الإعلام، والجر إلى باب القاضي، وتعزير أشراف الأشراف الإعلام لا غير، وهو أن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا، وتعزير الأوساط كالسوقة الإعلام، والجر إلى باب القاضي، والحبس وتعزير الخساس الجر، والضرب، والحبس، ولا يقبل في التعزير شهادة النساء مع الرجال عند أبي حنيفة؛ لأنه عقوبة كالحد، والقصاص.

وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال؛ لأنه حق آدمي كالديون؛ لأنه يصح العفو عنه.

قوله: (وَإِنْ رَأَى الإِمَامُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الْحَبْسَ فَعَلَ)؛ لأن التعزير موقوف على رأي الإمام، والمقصود منه الردع، والزجر فإذا رأى أن الشاتم لا يرتدع بالضرب حبسه أيضاً وإن كان يرتدع لا يحبسه.

قوله: (وَأَشَدُّ الضَّرْبِ التَّعْزِيرُ)؛ لأنه مخفف من حيث العدد، فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى تفويت المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء.

قوله: (ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا)؛ لأنه ثابت بالكتاب، ومؤكد بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [1].

قوله: (ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ)؛ لأن سببه متيقن.

قوله: (ثُمَّ حَدُّ الْقَذْفِ)؛ لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً، ولأنه قد جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة، فلا يغلظ من حيث الوصف.

قال في الفوائد: واختلفوا في كيفية شدة التعزير؟

قال بعضهم: يجمع في موضع واحد.

وقال بعضهم: الشدة من حيث الضرب، وفي حدود الأصل يفرق على الأعضاء، وفي أشربة الأصل يضرب في موضع واحد.

وقيل: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، فموضوع الأول إذا بلغ بالتعزير أقصاه، وفي الثاني إذا لم يبلغ به أقصاه، فإن اجتمعت الحدود الأربعة حد القذف وحد السرقة وحد الزنا وحد الشرب؟

قال أبو حنيفة: يبدأ بحد القذف، ثم يحبس فإذا برئ، فالإمام بالخيار إن شاء قدم حد الزنا على حد السرقة، وإن شاء قدم حد السرقة عليه، ثم يحبسه، فإذا برئ حد في

---

(1) سورة النور: 2.

الآخر، ثم يحبس حتى يبرأ، فإذا برئ أقام عليه حد الشرب، فإن كان معها رجم يبدأ بحد القذف، ويضمن المال في السرقة، ثم يرجم ويبطل ما عداها، وإن كان فيها قصاص في النفس، أو فيما دونها يبدأ بحد القذف، ثم يقتص فيما دون النفس، ثم يقتص في النفس ويلغو ما عدا ذلك من الحدود، كذا في الينابيع.

قوله: (وَمَنْ حَدَّهُ الإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ)؛ لأنه فعله بأمر الشرع، وفعل المأمور به لا يتقيد بشرط السلامة.

قوله: (وَإِذَا حُدَّ الْمُسْلِمُ فِي الْقَذْفِ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ تَابَ) لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا ۚ ﴾ [1]؛ ولأنه أذى المقذوف بلسانه، فسلبه الله ثمرة لسانه مجازاة له وثمرة اللسان نفاذ الأقوال، فلو قبل بعد التوبة لتوهم أن قذفه كان صدقاً، فينهتك عرض المسلم.

وعند الشافعي: تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ ﴾ [2].

قلنا: هذا الاستثناء راجع إلى ما يليه من الفسق دون المنع من قبول الشهادة؛ ولأنه أقرب إلى الاستثناء؛ ولأن الله تعالى ذكر شيئين الفسق وسقوط الشهادة فبالتوبة يزول عنه اسم الفسق، ويبقى المنع من قبول الشهادة؛ لأن الله أكد سقوط الشهادة بالتأبيد، فلو كانت شهادته تقبل بالتوبة لم يكن لذكر التأبيد معنى، فإن ارتد بعد إقامة الحد عليه، ثم أسلم لم تقبل شهادته؛ لأنه حد في الإسلام حدا كاملاً، وإن كان القاذف كافراً فحد في حال كفره، ثم أسلم بعد ذلك جازت شهادته لقوله عليه السلام: «الإسلام يجب ما قبله»[3]، وإن كان المحدود عبداً، فأعتق لم تجز شهادته أبداً، وإن تاب؛ لأن له نوع شهادة بدليل أنه لو شهد برؤية هلال رمضان قبلت شهادته، ولو قذف العبد رجلاً في حال الرق، ثم أعتق يقام عليه حد العبيد.

قوله: (وَإِنْ حُدَّ الْكَافِرُ فِي الْقَذْفِ ثُمَّ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ) اعلم أن الكافر إذا حد في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة؛ لأن له شهادة على جنسه، فترد تتميماً لحده، فإن أسلم قبلت عليهم وعلى المسلمين؛ لأنه بالإسلام حدثت له عدالة لم تخرج وهي عدالة الإسلام بخلاف العبد إذا حد، ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته، وإن كان

---

(1) سورة النور: 4.

(2) سورة النور: 5.

(3) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب المناقب (باب: ما جاء في عمرو بن العاص رضي الله عنه).

القذف في حال الكفر، فحد في حال الإسلام بطلت شهادته على التأبيد؛ لأن الحد حصل، وله شهادة فبطلت تتميماً لحده بخلاف ما إذا حد وهو كافر؛ لأنه حد ولا شهادة له فيم يصادف الحد شهادة تبطلها، ولو حصل بعض الحد في حالة كفره وبعضه في حالة إسلامه، ففي ظاهر الرواية: لا تبطل شهادته على التأبيد، حتى لو تاب قبلت؛ لأن المبطل كماله وكماله لم يوجد في حالة الإسلام، وفي رواية: إذا وجد السوط الأخير في حالة الإسلام بطلت شهادته على التأبيد؛ لأن المبطل للشهادة هو السوط الأخير؛ لأنه لو أقيم عليه بعض الحد، ثم قذف آخر، فإنه يضرب الباقي، وتبطل الشهادة، وفي رواية: اعتبر أكثر الحد، فإن وجد أكثره في حالة الإسلام بطلت شهادته على التأبيد، وإن وجد أكثره في حالة الكفر لا تبطل شهادته.

وفي الهداية: إذا ضرب الكافر سوطاً واحداً في قذف، ثم أسلم، ثم ضرب ما بقي جازت شهادته.

وعن أبي يوسف: ترد شهادته، والأقل تابع للأكثر، والأول أصح ولو قذف، ثم أسلم، ثم حد كل الحد بعد الإسلام لا تقبل شهادته بالإجماع. ولو ضرب المسلم بعض الحد، ثم هرب قبل تمامه، ففي ظاهر الرواية: أنه تقبل شهادته ما لم يضرب جميعه، وفي رواية: إذا ضرب سوطاً واحداً لا تقبل شهادته، وفي رواية: إذا ضرب أكثره سقطت شهادته وإن ضرب الأقل لم تسقط.

قال في المنظومة لأبي حنيفة:

شهادة الرامي بسوط تهدر وجاء عنه إذ يقام الأكثر
وجاء عنه الرد حين تمما وذاك قول صاحبيه فاعلما

والله أعلم.

كتاب السرقة وقطاع الطريق

السرقة في اللغة: عبارة عن أخذ مال الغير على وجه الخفية، ومنه استراق السمع، وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة، والمعنى اللغوي مراعى فيه ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما إذا نقب البيت على الخفية، وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار يعني ليلاً، وأما إذا كان نهاراً اشترط الابتداء، والانتهاء.

وأما شرط الأخذ على الخفية؛ لأن الأخذ على غير الخفية يكون نهباً وخلسة وغصباً، وأما قطع الطريق، فهو الخروج لأخذ المال على وجه المجاهرة في موضع لا يلحق المأخوذ منه الغوث.

قوله رحمه الله: (إِذَا سَرَقَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ) يعني دفعة واحدة وسواء كانت العشرة لمالك واحد، أو لجماعة إذا كانت في حرز واحد، فإنه يقطع ويشترط في ثبوت القطع أن يكون السارق من أهل العقوبة أن يكون بالغاً، وأن يكون المسروق نصاباً كاملاً، وهو مقدر بعشرة دراهم عندنا.

وقال الشافعي: ربع دينار.

وقال مالك: ثلاثة دراهم.

قوله: (أَوْ مَا قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) فيه إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً، ويعتبر أن يكون قيمة المسروق عشرة من حين السرقة إلى حين القطع، فإن نقص السعر فيما بينهما لم يقطع وهذا عندهما.

وقال محمد: لا عبرة بالنقصان بعد الأخذ، وإذا سرق المال في بلد وترافعا إلى حاكم في بلد آخر، فلا بد أن يكون قيمة المسروق نصاباً في البلدين جميعاً.

قوله: (مَضْرُوبَةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَةٍ) اختلفت الرواية في ذلك؟

وظاهر الرواية: أنه يشترط المضروبة، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وهو الأصح؛ لأن اسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفاً، حتى لو سرق عشرة دراهم تبراً قيمتها أقل من عشرة مضروبة لم يقطع.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه سوى بين المضروبة، وغيرها كنصاب الزكاة، ثم المعتبر في الدراهم أن يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بدليل مقادير الديات، وإن سرق دراهم زيوفاً، أو نبهرجة، أو ستوقة لم يقطع، حتى تساوي عشرة دراهم جياد؛ إذ لا عبرة للوزن فيها، وكذا إذا سرق نقرة وزنها عشرة وقيمتها أقل لم يقطع. ولو سرق نصف دينار قيمته عشرة دراهم جياداً قطع، وإن كانت أقل لم يقطع ولا قطع على مجنون ولا صبي؛ لأنهما غير مخاطبين، ولكن يضمنان المال، وإن كان يجن ويفيق فسرق في حال

إفاقته قطع، كذا في الخجندي.

قوله: (مِنْ حِرْزٍ لاَ شُبْهَةَ فِيهِ وَجَبَ الْقَطْعُ) الحرز شرط لوجوب القطع حتى لو انتهب، أو اختلس، أو سرق مالاً ظاهراً كالثمار على الأشجار، أو الحيوان في المراعي لا يجب القطع، والحرز على وجهين:

أحدهما: المبني لحفظ المال، والأمتعة وسواء في ذلك أن يكون داراً أو دكاناً، أو خيمة، أو فسطاطاً، أو صندوقاً.

والحرز الثاني: أن يكون محرزاً بصاحبه؛ لأن النبي عليه السلام قطع سارق رداء صفوان وكان تحت رأسه، فجعله محرزاً به وسواء كان صاحبه نائماً، أو مستيقظاً؛ لأن صفوان كان نائماً حين سرق رداؤه، فإن دخل السارق الدار، وعلم به المالك، والسارق يعلم ذلك لا يقطع؛ لأنه جهر وليس بخفية، وإن لم يعلم المالك قطع، وإن دخل اللص ليلاً وصاحب الدار فيها إن علم كل واحد منهما بصاحبه لم يقطع، وإن لم يعلم، أو علم أحدهما دون الآخر قطع ولا قطع على من سرق في دار الإسلام من حربي مستأمن، وإن سرق المسلم من الذمي قطع.

وقوله: «لا شبهة فيه»: أي في الحرز؛ لأن الشبهة فيه تسقط القطع على ما نبين إن شاء الله.

قوله: (وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي الْقَطْعِ سَوَاءٌ) لإطلاق الآية من غير فصل، ولأن القطع لا يتنصف، وكذا الرجل، والمرأة فيه سواء للآية.

قوله: (وَيَجِبُ الْقَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً) هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بإقراره مرتين في مجلسين مختلفين. وروي عنه الرجوع إلى قولهما.

قوله: (أَوْ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) ولا يجوز بشهادة رجل وامرأتين؛ لأنه حد، فإن شهد رجل وامرأتان لم يقطع ويجب المال؛ لأن شهادة النساء مع الرجال حجة في الأموال، وينبغي للقاضي أن يسأل الشاهدين عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها وقدرها للاحتياط كما في الحدود، ويعتبر في إقامة القطع في السرقة بالإقرار حضور المسروق منه ومطالبته بإقامته عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يعتبر ذلك وأما في ثبوته بالشهادة، فلا بد من حضوره إجماعاً.

قوله: (وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ

وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ لَمْ يُقْطَعْ) وإن لم يجب القطع ضمن ما أصابه من ذلك، وإن سرق واحد من جماعة عشرة دراهم قطع، ويكون ذلك القطع لهم جميعاً، ولو دخل داراً فسرق من بيت منها درهماً، فأخرجه إلى ساحتها، ثم عاد فسرق درهما آخر ولم يزل يفعل هكذا، حتى سرق عشرة، فهذه سرقة واحدة، فإذا خرج بالعشرة من الدار قطع، وإن خرج في كل مرة من الدار، ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع؛ لأنها سرقات، ولو سرق ثوباً لا يساوي عشرة دراهم، وفي طرفه دراهم مصرورة تزيد على العشرة، فعن أبي حنيفة: إذا لم يعلم بالدراهم لم يقطع، وإن علم بها قطع.

وعن أبي يوسف: عليه القطع علم أو لم يعلم.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الإِسْلاَمِ كَالْخَشَبِ، وَالْحَشِيشِ، وَالْقَصَبِ، وَالسَّمَكِ، وَالصَّيْدِ، وَالطَّيْرِ) وكذلك الزرنيخ، والمغرة، والماء، والتافه هو الشيء الحقير، ويدخل في الطير الدجاج، والإوز، والحمام.

وعن أبي يوسف: يقطع في كل شيء إلا الطين، والتراب، والسرقين.

قال أبو حنيفة: ولا قطع في شيء من الحجارة، والكحل، والملح، والقدور، والفخار وكذا اللبن، والآجر، والزجاج.

وعن أبي حنيفة: في الزجاج القطع.

وقال أبو يوسف: اقطع في ذلك كله.

وعن أبي حنيفة: يقطع في الجواهر كلها، واللؤلؤ، والياقوت، والزمرد، والفيروزج؛ لأنه لا يوجد تافهاً، فصار كالذهب، والفضة.

وقوله: «كالخشب»: يعني ما سوى الساج، والقنا، والأبنوس، والصندل.

قوله: (وَلاَ فِيمَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ كَالْفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ، وَاللَّبَنِ، وَاللَّحْمِ، وَالْبِطِّيخِ) لقوله عليه السلام: «لا قطع في ثمر ولا كثر»[1]، والكثر هو الجمار.

وقيل: الودي وهو النخل الصغار.

وقال أبو يوسف: يقطع في ذلك كله، ولو سرق شاة مذبوحة، أو ذبحها بنفسه، ثم أخرجها لا يقطع؛ لأنها صارت لحماً ولا قطع فيه، والفواكه الرطبة مثل العنب، والسفرجل، والتفاح، والرمان وأشباه ذلك لا قطع فيها، وإن كانت محدودة في حظيرة

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (109/2): حديث: «لا قطع في ثمر ولا كثر»، الأربعة وابن حبان وابن أبي شيبة ومالك والطبراني وأحمد والدارمي وإسحاق من حديث رافع بن خديج. وفي رواية للنسائي: و الكثر الجمار. وفي الباب عن أبي هريرة عند ابن ماجه بإسناد صحيح.

وعليها باب مقفل. وأما الفواكه اليابسة كالجوز، واللوز، فإنه يقطع فيها إذا كانت محرزة، وكذا لا قطع في بقل ولا باذنجان ولا ريحان ويقطع في الحناء، والوسمة؛ لأنه لا يسرع إليها الفساد.

قوله: (وَالْفَاكِهَةُ عَلَى الشَّجَرِ، وَالزَّرْعِ الَّذِي لَمْ يُحْصَدْ) يعني لا قطع فيهما لعدم الإحراز. وأما إذا قطعت الفاكهة بعد استحكامها وحصد الزرع وجعل في حظيرة وعليها باب مغلق قطع ولا قطع في سرقة الثياب التي بسطت للتجفيف، وإن سرق شاة من المرعى، أو بقرة، أو بعيراً لم يقطع، وإن كان هناك راع، فإن آواها بالليل إلى حائط قد بني لها عليه باب مغلق، أو معها حافظ، أو ليس معها حافظ، فكسر الباب ودخل وسرق بقرة، أو شاة تساوي عشرة دراهم وأخرجها وهو يقودها، أو يسوقها، أو راكب عليها قطع.

وقيد بقوله: «باب مغلق»؛ لأنه يعتبر إغلاق الباب في هذه المواضع؛ لأن من طبعها النفور. أما الحنطة في الحظيرة وسائر الأمتعة لا يعتبر فيها الإغلاق، ويقطع في الحبوب كلها، والأدهان، والطيب، والعود والمسك؛ لأنه مما لا يسرع إليه الفساد ويقطع في الخل أيضاً؛ لأنه لا يسرع إليه الفساد، ويقطع في سرقة القطن، والكتان، والصوف، والدقيق، والسمن، والتمر، والزبيب، والعسل، والملبوس، والمفروش، والأواني من الحديد، والصفر، والرصاص، والأدم، والقراطيس، والسكاكين، والمقاريض، والموازين والارسان ولا يقطع في الأشنان؛ لأنه يوجد تافها مباحاً.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ) أي المسكرة، والطرب النشاط، ويقطع في سرقة الفقاع، والدبس، والخل، ولا يقطع في الخبز، والثريد.

قوله: (وَلاَ فِي الطُّنْبُورِ وَكَذَا الدُّفُّ وَالْمِزْمَارُ)؛ لأنه للملاهي.

قوله: (وَلاَ فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ) تساوي ألف درهم.

وعن أبي يوسف: يقطع فيه مطلقاً، وعنه يقطع إذا بلغت قيمة الحلية عشرة دراهم.

لنا: أن المقصود من تناوله القراءة فيه، وذلك مأذون فيه عادة، والحلية إنما هي تابعة ولا عبرة بالتبع. ألا ترى أن من سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع، وكذا لا قطع في كتب الفقه، والنحو، واللغة، والشعر؛ لأن المقصود ما فيها وهو ليس بمال، ولو سرق إناء فضة قيمته مائة فيه نبيذ، أو ماء، أو طعام لا يبقى، أو لبن لا يقطع، وإنما ينظر إلى ما في الإناء.

وعند أبي يوسف: إذا كانت قيمة الإناء عشرة دراهم قطع.

قوله: (وَلاَ فِي صَلِيبِ الذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ)؛ لأنه مأذون في كسره، وكذا الصنم من الذهب، والفضة. فأما الدراهم التي عليها التماثيل، فإنه يقطع فيها؛ لأنها ليست معدة للعبادة، ولو سرق ذمي خمراً لم يقطع؛ لأن معنى المالية فيها ناقص.

قوله: (وَلاَ فِي الشِّطْرَنْجِ وَلاَ النَّرْدِ) وإن كانت من ذهب أو فضة؛ لأنها للملاهي.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ)؛ لأن الحر ليس بمال، والحلية تبع له.

وقال أبو يوسف: يقطع إذا كانت الحلية نصاباً. والخلاف في الصبي الذي لا يمشي ولا يتكلم. أما إذا كان يمشي ويتكلم، فلا قطع فيه إجماعاً، وإن كان عليه حلية كثيرة؛ لأن له يداً على نفسه، وعلى ما عليه وإن سرق جراباً فيه مال كثير، أو جوالق فيها مال قطع؛ لأنها أوعية للمال، والمقصود بالسرقة المال دون الوعاء.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ)؛ لأنه في يد نفسه فكان غصباً لا سرقة.

قوله: (وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ) يعني إذا كان لا يعبر عن نفسه ولا يتكلم؛ لأنه مال ولا يد له على نفسه كالبهيمة. وأما إذا كان يعبر عن نفسه، فهو كالبالغ.

وقال أبو يوسف: لا يقطع وإن كان صغيراً لا يتكلم ولا يعقل؛ لأنه آدمي من وجه مال من وجه، كذا في الهداية.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا إِلاَّ فِي دَفَاتِرِ الْحِسَابِ)؛ لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ، وإن كانت كتب النحو، والفقه، والشعر؛ لأن المقصود بسرقتها ما فيها وهو ليس بمال. وأما دفاتر الحساب وهم أهل الديوان، فالمقصود منها الورق دون ما فيها، والورق مال، فيجب فيه القطع، والمراد بذلك دفاتر قد مضى حسابها ما إذا لم يمض لم يقطع؛ لأن غرضه ما فيها، وذلك غير مال. وأما دفاتر التجار ففيها القطع؛ لأن المقصود منها الورق.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلاَ فَهْدٍ)؛ لأنهما ليسا بمال على الإطلاق؛ إذ في ماليتهما قصور؛ لأنه لا يجوز بيعهما عند الشافعي، ولهذا لو سرق كلباً، وفي عنقه طوق ذهب لا يقطع؛ لأن المقصود سرقة الكلب، وهذا تابع له؛ إذ لو أراد سرقة الطوق لقطعه من عنق الكلب وأخذه.

قوله: (وَلاَ دُفٍّ وَلاَ طَبْلٍ وَلاَ مِزْمَارٍ)؛ لأن هذه معازف قد ندب إلى كسرها. والمراد بالطبل: طبل اللهو. أما طبل الغزاة ففيه اختلاف، والمختار: أنه لا قطع فيه أيضاً.

قوله: (وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ، وَالْقَنَا، وَالأَبَنُوسِ، وَالصَّنْدَلِ)؛ لأنها أموال عزيزة

محرزة.

قوله: (وَإِذَا اتَّخَذَ مِنْ الْخَشَبِ أَوَانِي أَوْ أَبْوَابٌ قُطِعَ فِيهَا)؛ لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة، ولا يقطع في أبواب المساجد؛ لأنها غير محرزة.

ولو سرق فسطاطاً إن كان مركباً منصوباً لم يقطع، وإن كان ملفوفاً قطع، ولا قطع في سرقة الحصير ويواري القصب؛ لأن الصنعة فيها لم تغلب على الجنس. ألا ترى أنها تبسط في غير الحرز.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ وَلاَ خَائِنَةٍ) وهما اللذان يأخذان ما في أيديهما من الشيء المأمون.

قوله: (وَلاَ نَبَّاشٍ) هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: عليه القطع؛ لأنه مال متقوم محرز بحرز مثله.

ولنا: أن الشبهة تمكنت في الملك؛ لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت، وإن كان القبر في بيت مقفل، فهو على الخلاف في الصحيح؛ لأنه يتأول الدخول فيه لزيارة القبر، وكذا لو سرقه من تابوت في القافلة، وفيه ميت، ولو سرق من القبر دراهم، أو دنانير لم يقطع إجماعاً.

قوله: (وَلاَ مُنْتَهِبٍ وَلاَ مُخْتَلِسٍ) الانتهاب هو الأخذ علانية قهراً، والاختلاس أن يخطف الشيء بسرعة على غفلة. وأما الطرار إذا طر من خارج الكم لا يقطع.

وبيانه: إذا كانت الدراهم مشدودة من داخل الكم، فأدخل يده في الكم وحل العقدة وأخذ من الخارج لا يقطع، وإن كانت العقدة مشدودة من خارج فحله، وأدخل يده فيها وأخرجه قطع.

وقال أبو يوسف: يقطع سواء طر من الخارج، أو الداخل.

ومن أصحابنا من قال: ينظر إن كان بحيث إذا قطعت سقطت في الكم قطع؛ لأنه أخذها من الحرز، وإن كان بحيث إذا قطعت تسقط على الأرض لم يقطع.

قوله: (وَلاَ يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ)؛ لأنه مال لكافة المسلمين وهو منهم.

قوله: (وَلاَ مِنْ مَالٍ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ)؛ لأن ثبوت ملكه في بعض المال شبهة.

ولو أوصى له بشيء فسرقه قبل موت الموصي قطع، وإن سرقه بعد موته وقبل القبول لم يقطع، ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع، والحال، والمؤجل فيه سواء، وإن سرق منه عروضاً تساوي عشرة دراهم قطع؛ لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه.

وعن أبي يوسف: لا يقطع؛ لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء عن حقه.

وأما إذا قال: أخذته رهناً بحقي، أو قضاء بحقي درئ عنه القطع بالإجماع، وإن كان حقه دراهم فسرق دنانير، أو على العكس.

قيل: يقطع؛ لأنه ليس له حق الأخذ.

وقيل: لا يقطع؛ لأن النقود جنس واحد.

والتوفيق بينهما: أن على القول الأول يحمل على أن السارق لا يعرف الخلاف الذي يقوله أصحاب الشافعي: أن الغريم يجوز له أن يأخذ من غير جنس حقه، وعلى القول الثاني: يحمل على أنه يعرف الخلاف ويعتد به، وذلك يورث شبهة تسقط القطع وإن سرق حليّاً من فضة وعليه دراهم، أو حليّاً من ذهب، وعليه دنانير قطع؛ لأنه لا يكون قضاء عن حقه إلا على وجه البيع، والمعاوضة، فصار كالعروض، كذا في الكرخي.

وإن سرق العبد من غريم مولاه، أو الرجل من غريم أبيه قطع، وإن سرق من غريم ولده الكبير قطع، وإن كان الولد صغيرا لم يقطع؛ لأن حق قبض ديونه إليه، وإن سرق من غريم مكاتبه، أو من غريم عبده المديون قطع؛ لأنه ليس له حق القبض في ديونهما، فإن لم يكن على عبده دين وسرق من غريمه من جنس دين عبده لم يقطع؛ لأن دين عبده ماله.

قوله: (وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيْهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يُقْطَعْ) وإن سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لم يقطع، وإن سرق ماله من بيت غيره قطع اعتباراً للحرز وعدمه، كذا في الهداية.

وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع.

وعن أبي يوسف: لا يقطع؛ لأن له أن يدخل عليها من غير استئذان ولا وحشة بخلاف ما إذا سرق من أخيه من الرضاعة، فإنه يقطع إجماعاً.

قوله: (وَكَذَا إِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الآخَرِ)؛ لأن بينهما سبباً يوجب التوارث، ولو سرق من أجنبية، ثم تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع لم يقطع، وإن تزوجها بعد القضاء بالقطع، فكذلك أيضاً لم يقطع عندهما.

وقال أبو يوسف: يقطع ولو سرقت المرأة من زوجها، أو سرق هو منها، ثم طلقها ولم يدخل بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما؛ لأن أصله غير موجب للقطع وإن سرق من امرأته المبتوتة، أو المختلعة إن كانت في العدة لم يقطع سواء كانت مطلقة اثنتين، أو ثلاثاً، وكذا إذا سرقت هي من زوجها، وهي في العدة لم تقطع.

قوله: (أَوْ الْعَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ أَوْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ أَوْ الْمَوْلَى مِنْ

مُكَاتَبَتِهِ) فإنه لا يقطع ولا فرق بين أن يكون العبد مدبراً، أو مكاتباً، أو مأذوناً، أو أم ولد سرقت من مولاها وكذا إذا سرق المولى من مكاتبه لا يقطع؛ لأن له في كسبه حقاً.

قوله: (وَكَذَا السَّارِقُ مِنْ الْمَغْنَمِ) لا قطع عليه؛ لأن له فيه نصيباً.

قوله: (وَالْحِرْزُ عَلَى ضَرْبَيْنِ حِرْزٌ لِمَعْنًى فِيهِ كَالْبُيُوتِ، وَالدُّورِ) ويسمى هذا حرزاً بالمكان وكذلك الفساطيط، والحوانيت، فهذه كلها حرز، وإن لم يكن فيها حافظ سواء سرق من ذلك وهو مفتوح الباب، أو لا باب له؛ لأن البناء لقصد الإحراز، إلا أنه لا يجب القطع، إلا بالإخراج لقيام يد مالكه عليه بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه بمجرد الأخذ لزوال يد المالك بذلك.

قوله: (وَحِرْزٌ بِالْحَافِظِ) كمن جلس في الطريق، أو في الصحراء، أو في المسجد وعنده متاعه، فهو محرز به، وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً، أو نائماً، والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح؛ لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة، ولهذا لا يضمن المودع، والمستعير بمثله؛ لأنه ليس بتضييع.

وقوله: «بالحافظ»: هذا إذا كان الحافظ قريباً منه بحيث يراه، أما إذا بعد بحيث لا يراه فليس بحافظ، قال مشايخنا: كل شيء معتبر بحرز مثله كما إذا سرق الدابة من الإصطبل، أو الشاة من الحظيرة، فإنه يقطع وإذا سرق الدراهم، أو الحلي من هذه المواضع لا يقطع.

وفي الكرخي: ما كان حرزاً لنوع، فهو حرز لكل نوع، حتى جعلوا شريحة البقال، وقواصر التمر حرزا للدراهم، أو الدنانير، واللؤلؤ. قال: وهو الصحيح الشريحة الجرار، أو الوشحة.

ولو سرق الإبل من الطريق مع حملها لا يقطع سواء كان صاحبها عليها، أو لا؛ لأن هذا مال ظاهر غير محرز، وكذا إذا سرق الجوالق بعينها. أما إذا شق الجوالق، فأخرج ما فيها إن كان صاحبها هناك قطع وإلا فلا، ولو سرق من القطار بعيراً، أو حملاً لم يقطع.

قوله: (وَإِنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْ حِرْزٍ أَوْ غَيْرِ حِرْزٍ وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ) يعني من حرز واحد، حتى لو سرق من حرز لرجل تسعة دراهم، ثم أتى منزلاً آخر فسرق منه درهماً آخر لم يقطع.

قوله: (وَلَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حَمَّامٍ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ)

ويدخل في ذلك حوانيت التجار، والخانات إلا إذا سرق منها ليلاً، فإنه يقطع؛ لأنها بنيت لإحراز الأموال، وإنما الإذن يختص بالنهار.

قوله: (وَمَنْ سَرَقَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ)؛ لأنه محرز بالحافظ.

قوله: (وَلاَ قَطْعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّنْ أَضَافَهُ)؛ لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً له في دخوله، فيكون فعله خيانة لا سرقة، وكذا لا قطع على خادم القوم إذا سرق متاعهم ولا أجير سرق من موضع أذن له في دخوله، وإذا آجر داره على رجل فسرق المؤجر من المستأجر، أو المستأجر من المؤجر وكل واحد منهما في منزل من الدار على حدة قطع السارق منهما عند أبي حنيفة؛ لأن المستأجر قد صار أخص بالحرز من المالك ألا ترى أن له أن يمنعه من دخوله، وعندهما: إذا سرق المؤجر من المستأجر لا يقطع؛ لأن الدار ملكه، فصار ذلك شبهة في سقوط القطع، وإن سرق المستأجر من المؤجر قطع بالإجماع إذا كان في بيت مفرد؛ لأنه لا شبهة له في الحرز ولا في المال وإن سرق من بيت الأصهار، أو الأختان لم يقطع عند أبي حنيفة، وعندهما: يقطع، والخلاف فيما إذا كان البيت للختن. أما إذا كان للبنت لا يقطع إجماعاً، وكذا في مسألة الصهر إذا كان البيت للزوجة لا يقطع إجماعاً.

ولو سرق الراهن رهنه من بيت المرتهن، أو من بيت العدل لم يقطع؛ لأنه ملكه وكذا إذا سرقه المرتهن من بيت العدل لم يقطع؛ لأن يده قائمة مقام يده.

قوله: (وَإِذَا نَقَبَ اللِّصُّ الْبَيْتَ وَدَخَلَ فَأَخَذَ الْمَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ الْبَيْتِ فَلاَ قَطْعَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن الأول لم يوجد منه الإخراج، وكذا الخارج لم يوجد منه هتك الحرز.

وعندهما: يقطع الداخل؛ لأنه لما ناوله قامت يد الثاني مقام يده، فكأنه خرج، والشيء في يده.

وعن أبي يوسف: إن أدخل الخارج يده، فتناوله من يد الداخل قطعاً جميعاً، ولو أن الداخل رمى به إلى صاحب له خارج الحرز من غير مناولة، فأخذه الخارج، فلا قطع على واحد منهما. والأصل أن من سرق سرقة ولم يخرجها من الدار لم يقطع.

قوله: (وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ خَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ) وهذا إذا رمى به في الطريق بحيث يراه. أما إذا رمى به بحيث لا يراه، فلا قطع عليه وإن خرج وأخذه؛ لأنه صار مستهلكاً له قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه، فإذا وجب عليه الضمان باستهلاكه قبل خروجه لم يجب عليه قطع كما لو ذبح الشاة في الحرز، وليس كذلك إذا رمى به

بحيث يراه؛ لأنه باق في يده، فإذا خرج وأخذه صار، كأنه خرج وهو معه.

وقيد بقوله: «فأخذه»؛ لأنه إذا خرج ولم يأخذه لم يقطع؛ لأنه لما لم يأخذه علم أنه قصد التضييع لا السرقة، فكان مضيعاً لا سارقاً.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِنْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ وَسَاقَهُ فَأَخْرَجَهُ) يعني أنه يقطع؛ لأن ما على البهيمة يده ثابتة عليه، ولأن سير الدابة مضاف إليه لسوقه.

وقيد بقوله: «وساقه»؛ إذ لو لم يسقه حتى خرج الحمار بنفسه لا يقطع، وكذا لو جعل لؤلؤاً على جناح طائر وطيره قطع، وإن طار بنفسه لا قطع عليه. ولو أتلف المال في الحرز بأكل، أو إحراق قبل إخراجه لم يقطع، ولو سرق دراهم، أو دنانير، أو لؤلؤاً، فابتلعه في الحرز، ثم خرج لم يقطع ويضمن مثله، أو قيمته إن لم يكن مثلياً ولا ينتظر حتى يضعها مع الغائط، ولو نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئاً، ثم جاء في ليلة أخرى فدخل وأخذ شيئاً إن كان صاحب البيت قد علم بالنقب ولم يسده، أو كان النقب ظاهراً يراه المارون وبقي كذلك، فلا قطع عليه، وإلا قطع وإن أخرج شاة من الحرز فتبعتها أخرى، ولم تكن الأولى نصاباً لم يقطع، وإن كان في الحرز نهر جار فوضع المتاع فيه حتى خرج به الماء بقوة نفسه لم يقطع، وإن لم يكن له قوة، ولكن أخرجه بتحريك قطع، ولو سرق مالاً من حرز، فدخل آخر وحمل السارق، والمال مع السارق قطع المحمول خاصة؛ لأنه لا عبرة للحامل ألا ترى أن من حلف لا يحمل طبقاً، فحمل رجلاً حاملاً لطبق لم يحنث.

ولو أخرج نصاباً من الحرز دفعتين فصاعداً إن تخلل بينهما اطلاع المالك، فأغلق الباب، أو سد النقب، فالإخراج الثاني يكون سرقة أخرى، فلا يجب القطع إذا كان المخرج في كل دفعة دون النصاب، وإن لم يتخلل ذلك قطع، ولو شق الثوب في الحرز، ثم أخرجه إن شقه نصفين عرضاً قطع إذا كان بعد الشق يساوي نصاباً، وإن شقه طولاً، فكذا يقطع عندهما أيضاً.

وقال أبو يوسف: لا يقطع؛ لأن الشق بالطول استهلاك، فيكون لصاحبه الخيار، إن شاء ضمنه قيمته، وإن شاء أخذه وضمنه النقصان، فلما كان له خيار الترك عليه كان له فيه شبهة الملك بالضمان، فلا يقطع.

ثم على قولهما: إنما يجب القطع إذا أراد المالك أخذ الثوب، فإنه إذا أخذه قطع وليس له أن يضمنه النقصان. وأما إذا ترك الثوب له وضمنه قيمته صحيحاً سقط القطع هذا كله إذا كان الخرق فاحشاً. أما إذا كان يسيراً قطع إجماعاً لانعدام سبب الملك؛ إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة.

قوله: (وَإِذَا دَخَلَ الْحِرْزَ جَمَاعَةً فَتَوَلَّى بَعْضُهُمْ الأَخْذَ قُطِعُوا جَمِيعًا) يعني إذا

أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة.

وقال زفر: يقطع الآخذ وحده.

قوله: (**وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فَأَخَذَ شَيْئًا لَمْ يُقْطَعْ**) هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: يقطع؛ لأنه أخذ المال من الحرز، فلا يشترط الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي.

ولهما: أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال، والكمال في الدخول، والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق، فإن الممكن فيه إدخال اليد.

قوله: (**وَإِنْ أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِيِّ أَوْ فِي كُمِّ غَيْرِهِ فَأَخَذَ الْمَالَ قُطِعَ**)؛ لأنه لا يمكن هتك الصندوق، والكم إلا على هذه الصفة.

ولو أن السارق أخذ في الحرز لم يقطع؛ لأن السرقة لم تتم إلا بالإخراج.

قوله: (**وَيُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنْ الزَّنْدِ**) وهو المعصم وكان القياس، يتناول اليد كلها إلى المنكب لقوله تعالى: ﴿فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [1]، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم: «أمر بقطع يد السارق من الزند»[2]، وفعله بيان.

قوله: (**وَتُحْسَمُ**)؛ لأنها إذا لم تحسم أدى إلى التلف.

وصورة الحسم: أن تجعل يده بعد القطع في دهن قد أغلي بالنار لينقطع الدم.

قال في الذخيرة: وأجرة القاطع وثمن الدهن على السارق؛ لأن منه سبب ذلك وهو السرقة قالوا: ولا يقطع في الحر الشديد، ولا في البرد الشديد، بل يحبس حتى يتوسط الأمر في ذلك.

قوله: (**فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى**)؛ لأنه لو قطعت يده اليسرى ذهبت منفعة الجنس.

قوله: (**فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ**) أو يموت ويعزر أيضاً، وإن كان للسارق كفان في معصم واحد.

قال بعضهم: يقطعان جميعاً.

---

(1) سورة المائدة: 38.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (111/2): قوله: وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يمين السارق من الزند، الدارقطني من حديث صفوان بن أمية. وأخرجه ابن عدي من حديث عبد الله بن عمرو قال: قطع النبي صلى الله عليه وسلم سارقاً من المفصل. ولابن أبي شيبة من مرسل رجاء بن حيوة نحوه. وعن عمر وعلي: أنهما قطعا من المفصل.

وقال بعضهم: إن تميزت الأصلية، وأمكن الاقتصار على قطعها لم تقطع الزائدة، وإن لم يمكن قطعاً جميعاً، وهذا هو المختار، فإن كان يبطش بأحدهما قطعت الباطشة، فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، ولا تقطع هذه الزائدة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى أَوْ أَقْطَعَ أَوْ مَقْطُوعَ الرِّجْلِ الْيُمْنَى لَمْ يُقْطَعْ) وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء، ويضمن المال كله، وإن كانت اليد اليمنى شلاء، أو مقطوعة الأصابع، أو مقطوعة الإبهام، أو أصبعين سوى الإبهام، فإنها تقطع من الزند؛ لأنها إذا كانت صحيحة قطعت، فكذا إذا كانت شلاء، وإن كانت اليمنى مقطوعة قبل ذلك قطعت رجله اليسرى من المفصل، فإن كانت رجله اليسرى مقطوعة قبل ذلك لم يقطع، ويضمن السرقة، ويُحبس حتى يتوب. وإذا قال الحاكم للحداد: اقطع يمين هذا في سرقة، فقطع يساره عمداً، لا شيء عليه عند أبي حنيفة؛ لأنه أتلفها ببدل، وهي اليمنى، فأتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه، فلا يعد إتلافاً.

وعندهما: يضمن القاطع في العمد، ولا شيء عليه في الخطأ.

وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضاً؛ لأنه قطع يدا معصومة، والخطأ في حق العباد غير موضوع أي غير معفو عنه.

قلنا: إنه أخطأ في اجتهاده؛ إذ ليس في النص تعيين اليمين، والخطأ في الاجتهاد معفو عنه.

ولهما: أنه قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل؛ لأنه تعمد الظلم، فلا يعفى وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة، ثم عند أبي حنيفة، هل يكون هذا القطع للسرقة أم لا؟

قال بعضهم: يكون عنها حتى لا يجب القصاص على القاطع.

وقال الطحاوي: لا يكون عنها حتى إذا كان عمداً يجب القصاص، وإن كان خطأ تجب الدية، وإن كان الحداد قطع يده خطأ لم يضمن عندنا خلافاً لزفر.

والمراد بالخطأ: الخطأ في الاجتهاد بأن اجتهد، وقال: القطع مطلق في النص، أما الخطأ في معرفة اليمين، واليسار ولا يجعل عفواً.

وفي المصفى: إذا قطعها خطأ لا يضمن سواء أخطأ في الاجتهاد، أو في معرفة اليمين من الشمال، قال: وهو الصحيح. ولو أخرج السارق يساره، فقال: هذه يميني فقطعها لم يضمن بالاتفاق؛ لأنه قطعها بأمره وإن قطع أحد يد السارق اليسرى بغير إذن الحاكم، ففي الخطأ تجب الدية، وفي العمد: يجب القصاص، ويسقط عنه القطع في اليمنى، ويضمن السارق المال.

قوله: (وَلاَ يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلاَّ أَنْ يَحْضَرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ فَيُطَالِبَ بِالسَّرِقَةِ)؛ لأن الخصومة شرط في ذلك، وإنما قال: إلا أن يحضر المسروق منه ولم يقل، إلا أن يحضر المالك؛ لأن عندنا يقطع بخصومة للمستودع، والمستعير، والمستأجر، والمرتهن، والمضارب المستبضع، وكل من كانت له يد حافظة سوى المالك سواء كان المالك حاضراً، أو غائباً، وكذا بخصومة ممن كانت يده يد ضمان كما إذا سرق من الغاصب.

وقال زفر والشافعي: إلا بخصومة المالك، وإن حضر المالك وغاب المؤتمن، فإنه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية، وإن سرق من السارق سارق آخر بعد ما قطعت يمينه أو قبل، فإنه لا يقطع؛ لأن يده ليست بيد صحيحة؛ لأنها ليست بيد مالك، ولا أمين ولا ضمين، وإنما هي يد ضائعة لا حافظة، فصار الأخذ منه كالأخذ من الطريق، ولا يقطع بخصومة المالك أيضاً؛ لأن السارق لم يكن له يد صحيحة على المال. ولو درئ القطع عن السارق، ثم سرق منه سارق قطع؛ لأن القطع إذا درئ عنه تعلق بأخذه الضمان، ويد الضامن يد صحيحة، فإزالتها توجب القطع، ويصير السارق الأول كالغاصب. وقد قالوا: هل للسارق أن يطالب برد العين المسروقة إلى يده؟

ففي رواية: ليس له ذلك؛ لأن يده ليست بيد صحيحة.

وفي رواية: له ذلك؛ لأنه يجوز أن يختار المالك الضمان، ويترك القطع فيتخلص السارق برد العين من الضمان. أما بعد القطع، فلا يلزمه ضمان، فلا حق له في المطالبة ويجوز أن يقال يثبت له أيضاً المطالبة بعد القطع؛ لأنه يتخلص برد العين من الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى، كذا في الكرخي. وإذا هلك الرهن في يد السارق من المرتهن فللمرتهن أن يقطع السارق، ولا سبيل للراهن عليه؛ لأنه لم يبق له يد ولا حق في العين؛ لأنه يسقط عنه الدين بهلاكها، فلم يثبت له المطالبة.

قوله: (فَإِنْ وَهَبَهَا مِنَ السَّارِقِ أَوْ بَاعَهَا مِنْهُ أَوْ نَقَصَتْ قِيمَتُهَا عَنْ النِّصَابِ لَمْ يُقْطَعْ) وكذا إذا ملكها بميراث سقط القطع، والمعنى في الهبة بعد ما سلمت وسواء كان ذلك كله قبل الترافع أو بعده.

وقال أبو يوسف: إذا وهبها له، أو باعها منه، أو نقصت قيمتها بعد الترافع لم يسقط القطع. ولو رد السارق السرقة قبل الترافع إلى الحاكم، فلا قطع عليه وإن ردها بعد ذلك قطع. ولو أمر الحاكم بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفوه باطلاً؛ لأن القطع حق الله، فلا يصح العفو عنه، وإن قال: شهدت شهودي بزور، أو لم يسرق مني، أو العين المسروقة له لم يقطع، وإن سرق من رجل مالاً، ثم رده إليه قبل المرافعة، ثم

أقام عليه البينة لم يقطع؛ لأنه إذا رد المال سقطت الخصومة، والمطالبة فإن لم يرده إلى المالك، ولكن دفعه إلى أبيه، أو أخيه، أو عمه، أو خاله إن كانوا في عياله لم يقطع؛ لأن يدهم يده، وإن لم يكونوا في عياله قطع.

وقيل: إن دفعه إلى والديه، أو جديه لم يقطع وإن لم يكونوا في عياله.

وفي الينابيع: وكذا إلى امرأته، أو عبده سواء كانوا في عياله أم لا، وإن دفعها لي مكاتبه لم يقطع أيضاً، وإن دفعها إلى من في عيال أبيه لم يسقط عنه القطع.

قوله: (وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا فَقُطِعَ فِيهَا وَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا لَمْ يُقْطَعْ) وقال زفر: يقطع وإذا لم يقطع عندنا وجب الضمان بخلاف ما إذا زنى بامرأة فحد، ثم عاد فزنى بها حد أيضاً ثانياً.

والفرق: أن في السرقة إذا سقط القطع وجب ضمان المال عوضاً عنه، وفي الزنا إذا سقط الحد لم يضمن عين المرأة.

قوله: (وَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ إِنْ كَانَتْ غَزْلاً فَسَرَقَهُ فَقُطِعَ فِيهِ فَرَدَّهُ ثُمَّ نُسِجَ فَعَادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ) وهذا لا خلاف فيه؛ لأن العين قد تبدلت، ولهذا إذا غصب غزلاً فنسجه ثوباً انقطع حق صاحبه عنه وملكه الغاصب ولزمه قيمة الغزل.

ولو سرق نقرة فضربها دراهم، أو دنانير، فإنه يقطع، والدراهم، والدنانير إلى صاحبها عند أبي حنيفة.

ولو سرق ثوباً فقطعه وخاطه يكون للسارق بعد أن قطعت يده ولا ضمان عليه؛ لأن العين زالت عن ملك المسروق منه، والتضمين متعذر لأجل قطع يده؛ إذ القطع، والضمان لا يجتمعان.

ولو سرق ثوباً فصبغه أحمر، أو أصفر فقطعت يده فعندهما: يكون للسارق، وينقطع حق صاحبه عنه.

وقال محمد: يؤخذ الثوب منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتباراً بالغصب، ولو صبغه أسود أخذ منه ناقصاً عند أبي حنيفة؛ لأن السواد عنده نقصان.

وعند أبي يوسف: لا يؤخذ منه مثل العصفر.

وعند محمد: يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه وإن سرق فضة أو ذهباً، فقطع فيها، ثم ردها على صاحبها فجعلها آنية، أو كانت آنية فضربها دراهم، ثم عاد فسرقها لم يقطع عند أبي حنيفة؛ لأن العين لم تتغير عنده.

وقالا: يقطع؛ لأنها تغيرت عندهما.

قوله: (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ، وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رُدَّتْ عَلَى صَاحِبِهَا) وكذا إذا كان السارق قد باعها، أو وهبها، أو تزوج عليها، وهي قائمة في يد من هي في يده، فإنها ترد إلى صاحبها؛ لأنها على ملكه وتصرف السارق فيها باطل، وكذا إذا فعل هذا بعد القطع؛ لأن القطع لا يزيل ملك الغير.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً لَمْ يَضْمَنْهَا) وكذا إذا كانت مستهلكة في المشهور؛ لأنه لا يجتمع الضمان، والقطع عندنا.

وعن أبي حنيفة: يضمن بالاستهلاك.

وقال الشافعي: يضمن في الوجهين.

وعن محمد أنه قال: يلزمه الضمان فيما بينه وبين الله ولا يلزمه في القضاء.

ولو قطعت يد السارق، ثم استهلك المال غيره كان لصاحبه أن يضمن المستهلك، وإن أودعه السارق عند غيره، فهلك في يده لا يضمنه المودع، ومن سرق سرقات فقطع لأحدها، فهو لجميعها ولا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة؛ لأن الواجب بالكل قطع واحد؛ لأن مبنى الحدود على التداخل.

وعندهما: يضمن كلها إلا التي قطع لها.

ومعنى المسألة: إذا حضر أحدهم، فإن حضروا جميعاً وقطعت يده بحضرتهم لا يضمن شيئاً إجماعاً في السرقات كلها.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً) معناه بعد ما شهدا عليه بالسرقة.

وقال الشافعي: لا يسقط بمجرد الدعوى؛ لأنه لا يعجز عنه سارق، فيؤدي إلى سد باب الحد.

ولنا: أن الشبهة دارئة، وهي تتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال، ولأنه لا يصح الرجوع بعد الإقرار، وإن ادعى على رجل سرقة، فأنكر يستحلف، فإن أبى أن يحلف لم يقطع ويضمن المال؛ لأن المال يستحلف فيه، والقطع لا يستحلف فيه، ولو أقر بذلك إقراراً، ثم رجع عن إقراره، وأنكر لم يقطع ويضمن المال؛ لأن الرجوع يقبل في الحدود، ولا يقبل في المال الذي هو حق الآدمي.

ولو قال: سرقت هذه الدراهم، ولا أدري لمن هي لم يقطع؛ لأن الإقرار لغير معين لا يتعلق به حكم، فبقيت الدراهم على حكم ملكه.

ولو شهدوا على رجل بسرقة بعد حين لم يقطع وضمن المال.

قوله: (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعُونَ أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الامْتِنَاعِ فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ فَأُخِذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالاً وَلاَ قَتَلُوا نَفْسًا حَبَسَهُمْ الإِمَامُ حَتَّى يُحْدِثُوا تَوْبَةً) ويعزرون أيضاً لمباشرتهم منكراً.

ولو اشترك الرجال، والنساء في قطع الطريق ذكر الطحاوي أن الحكم في النساء كالحكم في الرجال قياساً على السرقة إلا أن في ظاهر الرواية لا قطع على النساء؛ لأن هذا القطع إنما شرع فيهم لكونهم حرباً، والنساء ليسوا من أهل الحرب، ألا ترى أنهن في الحرب لا يقتلن، فكذا هنا. ثم إذا لم يقطع أيديهن، ولا أرجلهن هل يسقط القطع عن الرجال؟

فيه روايتان:

في رواية: يسقط.

وفي رواية: لا يسقط.

قوله: (فَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَالْمَأْخُوذُ إِذَا قُسِمَ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا أَوْ مَا قِيمَتُهُ ذَلِكَ قَطَعَ الإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلاَفٍ) وإنما وجب قطع اليد، والرجل؛ لأنه ضم إلى أخذ المال إخافة الطريق، فتغلظ حكمه بزيادة قطع رجله، وإنما قطع من خلاف؛ لأن القطع من جانب واحد يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة.

والمراد: قطع اليد اليمنى، والرجل اليسرى، ومن شرط قطع الطريق أن يكون في موضع لا يلحقه الغوث. أما إذا كان يلحقه فيه الغوث لم يكن قطعاً إلا أنهم يؤخذون برد المال إلى صاحبه ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الخيانة وإن قتلوا، فالأمر فيه إلى الأولياء.

قوله: (وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالاً قَتَلَهُمْ الإِمَامُ حَدًّا) أي سياسة لا قصاصاً، وإنما كان القتل حداً؛ لأنهم أضافوا إلى القتل إخافة الطريق، فانحتم القتل عليهم.

قوله: (حَتَّى لَوْ عَفَا عَنْهُمْ الأَوْلِيَاءُ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى عَفْوِهِمْ)؛ لأن ذلك حق الله تعالى، وحدود الله لا يجوز العفو عنها.

وقوله: وإن قتلوا سواء كان القتل بعصا، أو بحجر، أو بخشب، أو بسيف.

قوله: (وَإِنْ قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ فَالإِمَامُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ صَلْبًا وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ) وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: يقتصر على الصلب وحده ولا يقطع الأيدي، والأرجل؛ لأن ما دون النفس يدخل في النفس.

وعن أبي يوسف: أنه قال لا أعفيه من الصلب؛ لأنه منصوص عليه في القرآن، فلا

يجوز إسقاطه.

وفي الكرخي: أبو يوسف مع أبي حنيفة، وفي المنظومة أبو حنيفة وحده.

قوله: (وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُمْ) يعني بعد القتل، أو قبله على اختلاف الرواية في ذلك.

قوله: (وَيُصْلَبُونَ أَحْيَاءً ثُمَّ تُبْعَجُ بُطُونُهُمْ بِالرُّمْحِ إِلَى أَنْ يَمُوتُوا) وكيفية الصلب: أن تغرز خشبة في الأرض، ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضاً، فيضع قدميه عليها ويربط من أعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه، ثم يطعن بالرمح في ثديه الأيسر ويخضخض بطنه بالرمح إلى أن يموت.

وفي هذه المسألة اختلاف رواية فروي أنه يصلب حيّاً.

وروى الطحاوي أنه يقتل أوَّلاً، ثم يصلب بعد القتل؛ لأن الصلب حيّاً مثلة، ولأنه يؤدي إلى تعذيبه، والأول أصح؛ لأن صلبه حيا أبلغ في الردع، والزجر من صلبه بعد الموت.

قوله: (وَلاَ يُصْلَبُونَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ)؛ لأنه بعد الثلاثة الأيام يتأذى الناس برائحته، فإذا صلب ثلاثة أيام خلي بينه وبين أهله ليدفنوه.

وعن أبي يوسف: يترك على خشبة حتى يتمزق جلده حتى يعتبر به غيره.

قلنا: قد حصل الاعتبار بما ذكرنا.

قوله: (فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ الْمُقْطَعِ عَلَيْهِ سَقَطَ الْحَدُّ عَنْ الْبَاقِينَ) وهذا عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: إن باشر الأخذ الصبي، والمجنون فلا حد عليهم جميعاً، وإن باشره العقلاء البالغون حدوا ولم يحد الصبي، والمجنون؛ لأن الصبي، والمجنون إذا باشروا فهم المتبوعون، والباقون تبع، فإذا سقط الحد عن المتبوع فسقوطه عن التبع أولى.

ولهما: أن الجناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقي بعض العلة، وبه لا يثبت الحكم كالمخطئ، والعامد إذا اشتركا في القتل. وأما إذا كان فيهم ذو رحم محرم من المقطوع عليه، فإنه يسقط الحد عن الباقين؛ لأن لذي الرحم شبهة في مال ذي الرحم بدلالة سقوط القطع عنه في السرقة، وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء، إن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا عفوا، وإن كان فيهم امرأة إن وليت القتل فقتلت وأخذت المال، ولم يفعل ذلك الرجال.

قال أبو يوسف: أقتل الرجال وأفعل بهم ما أفعل بالمحاربين ولا أقتل المرأة.

وقال محمد: أقتلها إن قتلت وأضمنها المال إن أخذته ولا أقتل الرجال، ولكن

أوجعهم ضرباً وأحبسهم.

وعن أبي حنيفة: مثل قول محمد.

وعن أبي حنيفة أيضاً: أنه قال: أدرأ الحد عنهم؛ لأنه اشترك في القتل من يجب عليه الحد، ومن لا يجب عليه، فصار كالمخطئ، والعامد.

قال في الينابيع: من باشر ومن لم يباشر سواء.

قال ابن مقاتل: لو أن عشرة قطعوا الطريق، والتسعة منهم قيام، والواحد منهم يقتل، ويأخذ المال، فإنهم يقتلون، فإن تابوا، ثم أخذوا يقتل الواحد منهم لا غير.

قوله: (وَصَارَ الْقَتْلُ إِلَى الأَوْلِيَاءِ إِنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا) يعني إن شاءوا قتلوا من قتل، وهو رجل ليس بمجنون، وقد قتل بحديد. أما إذا قتل بعصا، أو بحجر كان على عاقلته الدية لورثة المقتول، وإن كان الذي ولي القتل الصبي، أو المجنون كان على عاقلتهما الدية، وإن كانا أخذا المال ضمناً.

قوله: (وَإِنْ بَاشَرَ الْفِعْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أُجْرِيَ الْحَدُّ عَلَى جَمِيعِهِمْ) يعني من باشر القتل منهم وأخذ المال ومن لم يباشر وكان ردءا لهم، فالحكم فيهم كلهم سواء، وما لزم المباشر، فهو لازم لغيره ممن كان معيناً لهم، ومن قطع الطريق، وأخذ المال فطلبه الإمام، فلم يقدر عليه حتى جاء تائباً سقط عنه الحد لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ ﴾[1] الآية. وإن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه الحد، ثم إذا سقط الحد بالتوبة قبل القدرة دفع إلى أولياء المقتول، إن شاءوا قتلوه، إن كان قتل، واقتص منه إن كان جرح ورد المال إن كان قائماً وضمنه إن كان هالكاً؛ لأن التوبة لا تسقط حق الآدميين، ثم إذا سقط الحد في قطع الطريق، وقد كان قتل اعتبرت الآلة عند أبي حنيفة في وجوب القصاص على أصله، والحر والعبد في قطع الطريق سواء كالسرقة، والله تعالى أعلم.

(1) سورة المائدة: 34.

كتاب الأشربة

الأشربة جمع شراب.

قوله رحمه الله: (الأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الْخَمْرُ وَهُوَ عَصِيرُ الْعِنَبِ) يعني النيء منه (إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقُذِفَ بِالزَّبَدِ) من دون أن يطبخ.

قوله: (وَالْعَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ) ويسمى الطلاء.

قوله: (وَنَقِيعُ التَّمْرِ إِذْ اشْتَدَّ وَغَلَى) ويسمى السكر (وَ) نقيع (الزَّبِيبِ إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ)، والكلام في الخمر في عشرة مواضع:

أحدها: في بيان ماهيتها: وهي النيء من ماء العنب، إذا صار مسكراً.

والثاني: في حد ثبوت هذا الاسم، وهذا الذي ذكره من اشترط القذف بالزبد هو قول أبي حنيفة، وعندهما: إذا اشتد وغلى، ولا يشترط القذف بالزبد.

والثالث: إن عينها حرام غير معلول بالسكر، ولا موقوف عليه؛ لأنها رجس، والرجس محرم العين.

والرابع: أنها نجسة نجاسة مغلظة كالبول.

والخامس: أنه يكفر مستحلها.

والسادس: سقوط تقومها في حق المسلم، حتى لا يضمن متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها؛ لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها، والتقوم يشعر بعزتها، ومن كان له على مسلم دين، فأوفاه من ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه، ولا يحل للمديون أن يؤديه؛ لأنه ثمن بيع باطل، وإن كان الدين على ذمي، فإنه يؤديه من ثمن الخمر وللمسلم أن يستوفيه منه؛ لأن بيعها فيما بينهم جائز.

والسابع: حرمة الانتفاع بها؛ لأن الانتفاع بالنجس حرام، ولأن الخمر واجب الاجتناب، وفي الانتفاع به اقتراب، قال الله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ﴾[1].

والثامن: أنه يحد شاربها، وإن لم يسكر منها، لقوله عليه السلام: «من شرب الخمر، فاجلدوه، فإن عاد، فاجلدوه، فإن عاد، فاجلدوه»[2].

---

(1) سورة المائدة: 90.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (104/2): حديث: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه» الأربعة إلا الترمذي: وأخرجه ابن حبان والحاكم من حديث أبي هريرة، وفي آخره: «فإن عاد الرابعة فاقتلوه». وأخرجه النسائي وابن حبان والحاكم من حديث معاوية، قال الترمذي عن البخاري: رواية أبي صالح عن معاوية في هذا أصح من رواية أبي صالح عن أبي هريرة.

=

والتاسع: أن الطبخ لا يؤثر فيها بعد القذف بالزبد، إلا أنه لا يحد فيها ما لم يسكر منه على ما قالوا؛ لأن الحد بالقليل في النيء خاصة، وهذا قد طبخ.

والعاشر: جواز تخليلها، وفيه خلاف الشافعي هذا هو الكلام في الخمر.

وأما العصير: إذا طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه، فهو المطبوخ أدنى طبخ، وذلك حرام إذا غلى واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف، ويسمى الباذق، والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وهو حرام عندنا أيضاً إذا غلى واشتد، وأما نقيع التمر، وهو يسمى السكر، وهو النيء من ماء الرطب، فهو حرام أيضاً إذا غلى واشتد.

وأما نقيع الزبيب: فهو النيء من ماء الزبيب، فهو حرام إذا غلى واشتد.

قال في الينابيع: الأشربة ثمانية:

1 - الخمر.

2- والسكر.

3- ونقيع الزبيب.

4- ونبيذ التمر.

5- والفضيخ.

6- والباذق.

7- والطلاء.

8- والجمهوري.

فالخمر: هو النيء من عصير العنب إذا غلى، واشتد على الاختلاف.

والسكر: وهو النيء من ماء الرطب إذا غلى من غير طبخ واشتد وقذف بالزبد.

ونقيع الزبيب: وهو النيء من مائه، وهو حرام إذا غلى واشتد على الخلاف.

ونبيذ التمر: إذا غلى واشتد.

والفضيخ: وهو البسر يدق، ويكسر، وينقع في الماء، ويترك حتى يغلي، ويشتد ويقذف بالزبد.

والباذق: وهو العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه، وهو حرام إذا غلى

=

قلت: وأخرجه ابن حبان من طريق أبي صالح أيضاً عن أبي سعيد. وأخرجه الحاكم وأحمد من طريق شهر بن حريث، وإسحاق وعبد الرزاق والطبراني من طريق الحسن كلاهما عن عبد الله بن عمر نحوه. وفي رواية الحسن قال عبد الله: ائتوني برجل شرب الخمر أربع مرات فلكم علي أن أضرب عنقه.

واشتد وقذف بالزبد.

والطلاء: ما طبخ من عصير العنب، أو شمس حتى ذهب ثلثاه.

والجمهوري: هو الطلاء المذكور، ولكن صب فيه من الماء مقدار ما ذهب منه بالطبخ، ثم طبخ بعد ذلك أدنى طبخ، وصار مسكراً، وحكمه حكم الباذق، ثم الخمر حرام قليلها وكثيرها، ومن شرب منها قليلاً وجب عليه الحد، ولا يجوز التداوي بها، ويكفر مستحلها ومن شرب منها مقدار ما يصل إلى الجوف وجب عليه الحد.

ولو خلط الخمر بالماء وشربها إن كان الخمر غالباً، أو مثله حد في القليل منه إذا وصل جوفه، وإن كان الماء غالباً لم يحد حتى يسكر وشرب ذلك حرام قل أو كثر؛ لأنها نجسة، والنجاسة إذا خالطت الماء لم يجز شربه، ولو طبخ الخمر أو غيره من الأشربة بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل شربه؛ لأن الحرمة قد تقررت فيه، فلا يزيلها الطبخ، فإن شربه إنسان حد؛ لأن الطبخ حصل في عين محرمة، فلا يؤثر في إباحتها كطبخ الخنزير، وليس كذلك العصير إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه؛ لأن الطبخ حصل في عين مباحة، فتغير عن هيئة العصير، فحدثت الشدة فيه، وهو ليس بعصير فلذلك حل.

ولو طبخ العنب كما هو ثم عصر؟

فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يحل بالطبخ.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يحل حتى يذهب ثلثاه بالطبخ، وهو الأصح؛ لأن العنب إذا طبخ، فالعصير قائم فيه لم يتغير وطبخه قبل العصير كطبخه بعد العصير، فلا يحل حتى يذهب ثلثاه.

ولو جمع في الطبخ بين العنب، والتمر أو بين التمر، والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه؛ لأن التمر، وإن كان يكتفى بأدنى طبخه، فعصير العنب لا بد فيه من ذهاب ثلثيه، فيعتبر جانب العنب احتياطاً، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلناه.

قوله: (**وَنَبِيذُ التَّمْرِ، وَالزَّبِيبِ إِذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَى طَبْخٍ**) أي حتى ينضج (**فَهُوَ حَلاَلٌ وَإِنْ اشْتَدَّ إِذَا شَرِبَ مِنْهُ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لاَ يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَلاَ طَرَبٍ**) هذا عندهما.

وقال محمد: هو حرام، والخلاف فيما إذا شربه للتقوي في الطاعة، أو لاستمراء الطعام، أو للتداوي وإلا، فهو حرام بالإجماع.

قوله: (**وَلاَ بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ**) وهو أن يجمع ماء التمر، وماء الزبيب ويطبخان أدنى طبخ.

وقيل: هما الجمع بين التمر، والعنب أو التمر، والزبيب ويعتبر في طبخهما ذهاب الثلثين، ولو سقى الشاة خمراً، ثم ذبحها إن ذبحها من ساعتها تحل مع الكراهة وبعد يوم فصاعداً تحل من غير كراهة، ولو بل الحنطة بالخمر، فإنها تغسل، فإذا جفت وطحنت إن لم يوجد فيها طعم الخمر ولا رائحتها حل أكلها وإن وجد ذلك لا يحل.

قوله: (وَنَبِيذُ الْعَسَلِ، وَالْحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ، وَالذُّرَةِ حَلَالٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا شربه من غير لهو ولا طرب، وكذا المتخذ من الدخن، والإجاص، والمشمس ونحوه لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة، والنخلة»[1].

ثم قيل: يشترط الطبخ لإباحته.

وقيل: لا يشترط، وهو المذكور في الكتاب.

وهل يحد في شرب المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟

قال الخجندي: لا يحد، وصحح في الهداية أنه يحد؛ لأن الفساق يجتمعون إليه كاجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق، ثم إذا سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب لا يقع طلاقه عند أبي حنيفة بمنزلة النائم، وذاهب العقل بالبنج.

وقال محمد: يقع طلاقه كما في سائر الأشربة المحرمة، وهذا الخلاف فيما إذا شربه للتداوي. أما إذا شربه للهو، والطرب فإنه يقع طلاقه بالإجماع.

قوله: (وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلَالٌ وَإِنْ اشْتَدَّ) هذا عندهما.

وقال محمد: حرام والخلاف فيما إذا قصد به التقوي، أما إذا قصد به التلهي لا يحل إجماعاً.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (247/2): حديث: «الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنبة» مسلم والأربعة من طريق يزيد بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، وفي لفظ لمسلم: «الكرمة والنخلة». وأخرجه البخاري، عن ابن عمر: لقد حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء- أي العنب. والدليل عليه ما أخرجه البخاري أيضاً من حديث ابن عمر: نزل تحريم الخمر، وإن بالمدينة يومئذ لخمسة أشربة ما فيها شراب العنب.

وأخرجه أيضاً من حديث أنس قال: حرمت الخمر علينا حين حرمت، وما نجد خمر الأعناب إلا قليلاً، وعامة خمرنا البسر والتمر. وروى الدارقطني من طريق جعفر بن محمد، عن بعض أهل بيته: أنه سأل عائشة عن النبيذ، فقالت: إن الله تعالى لم يحرم الخمر لاسمها، وإنما حرمها لعاقبتها، فكل شراب يكون عاقبته كعاقبة الخمر، فهو حرام كتحريم الخمر.

وقوله: «حلال وإن اشتد»: هذا إذا طبخ كما هو عصير، أما إذا غلى واشتد وقذف بالزبد من غير طبخ، ثم طبخ لم يحل، فإن شربه إنسان حد.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ بِالانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ، وَالْحَنْتَمِ، وَالْمُزَفَّتِ، وَالنَّقِيرِ، وَالْمُقَيَّرِ)

الدباء: القرع.

والحنتم: بفتح الحاء، والتاء وكسرهما لغتان هو جرار خضر.

والمزفت: الإناء المطلي بالزفت وهو القير.

وقيل: بالشمع.

وقيل: بالضفاع، والنقير عود منقور، والمقير المطلي بالقير، وإنما لم يكره ذلك؛ لأن الظروف لا تحل شيئاً ولا تحرمه.

قوله: (وَإِذَا تَخَلَّلَتْ الْخَمْرُ حَلَّتْ سَوَاءٌ صَارَتْ خَلاًّ بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ طُرِحَ فِيهَا) مثل أن يطرح فيها الملح، أو يصب فيها الماء الحار، أو ما أشبه ذلك خلافاً للشافعي، ثم إذا صارت خلاً يطهر ما يوازيها من الإناء. فأما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعاً.

وقيل: لا يطهر؛ لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل، فتخلل من ساعته، فيطهر، كذا في المصفى ذكره في باب مقالات الشافعي.

قوله: (وَلاَ يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا) وقال الشافعي: يكره ولا يجوز أكل البنج، والحشيشة، والأفيون وذلك كله حرام؛ لأنه يفسد العقل حتى يصير الرجل فيه خلاعة وفساد ويصده عن ذكر الله وعن الصلاة، لكن تحريم ذلك دون تحريم الخمر، فإن أكل شيئا من ذلك لا حد عليه، وإن سكر منه كما إذا شرب البول، وأكل الغائط، فإنه حرام، ولا حد عليه في ذلك، بل يعزر بما دون الحد، والله أعلم.

كتاب الصيد والذبائح

الصيد في اللغة: اسم لما يصاد مأكولاً كان أو غير مأكول. قال الشاعر:

صيد الملوك أرانب وثعالب　　　وإذا ركبت فصيدك الأبطال

إلا أنه في الشرع له أحكام وشرائط كما ذكر في المتن، والذبائح: جمع ذبيحة.

قوله رحمه الله: (**وَيَجُوزُ الاصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ، وَالْفَهْدِ الْمُعَلَّمِ، وَالْبَازِي وَسَائِرِ الْجَوَارِحِ الْمُعَلَّمَةِ**) مثل الأسد، والنمر، والدب، والفهد ولا يجوز بالخنزير؛ لأنه نجس العين.

وعن بعض أصحابنا: أنه لا يجوز بالذئب، والأسد؛ لأن الأسد لا يعمل لغيره لما فيه من الكبر، والذئب لا يتصور منه التعلم لخيانته، ولهذا يقال من التعذيب تهذيب الذئب، وإنما شرط التعليم لقوله تعالى: ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾ [1]، أي مسلطين، والتكليب إغراء السبع على الصيد.

ثم للاصطياد سبع شرائط: أربع في المرسل:

1 - وهو أن يكون معلماً.

2- وأن يكون ذا جارحة غير نجس العين.

3- وأن يجرحه الكلب أو البازي.

4- وأن يمسك على صاحبه.

وثلاث في المرسل:

1 - أحدها: أن يكون مسلماً أو كتابيّاً يعقل الإرسال.

2- والثاني: التسمية في حال الإرسال عند الذكر.

3- والثالث: أن يلحقه المرسل، أو من قام مقامه قبل انقطاع الطلب، والتواري.

قوله: (**وَتَعْلِيمُ الْكَلْبِ أَنْ يَتْرُكَ الأَكْلَ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ**) هذا عندهما، وهي رواية عن أبي حنيفة.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت التعليم على ظن الصائد أنه تعلم، ولا يقدر على ذلك بالثلاث، بل يفوض إلى رأي الصائد، ثم على الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثاً، وعندهما: لا يحل؛ لأنه إنما يصير معلماً بعد تمام الثلاث، حتى أن عندهما لا يؤكل إلا الرابع، وعنده: يؤكل الثالث، وإنما قدراه بالثلاث؛ لأنها مدة ضربت للاختبار كما في مدة الخيار.

---

(1) سورة المائدة: 4.

وقد قال موسى عليه السلام للخضر في المرة الثالثة: ﴿إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَاحِبْنِي﴾[1].

قال عمر رضي الله عنه: من اتجر في شيء ثلاث مرات فلم يربح، فلينتقل إلى غيره.

ثم إذا صاد الكلب معلماً في الظاهر، فصاد به صاحبه صيوداً، ثم أكل بعد ذلك مما صاده بطل تعليمه، ولا يؤكل ما صاده بعد هذا حتى يعلم تعليماً، فيصير معلماً، وما كان قد صاده قبل ذلك من الصيود لا يحل أكلها عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحل أكلها.

قوله: (وَتَعْلِيمُ الْبَازِي أَنْ يَرْجِعَ إِذَا دَعَوْتَهُ) وترك الأكل فيه ليس بشرط.

وفي البازي لغتان: تشديد الياء وتخفيفها، وجمعه بزاة، والباز أيضاً لغة فيه، وجمعه أبواز.

قوله: (فَإِنْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ الْمُعَلَّمَ أَوْ بَازَهُ أَوْ صَقْرَهُ وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ إِرْسَالِهِ فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ) ولا بد من التسمية وقت الرمي، والإرسال، فإن رمى ولم يسم عامداً، أو أرسل كلبه ولم يسم عامداً، فالصيد ميتة لا يحل أكله عندنا خلافاً للشافعي، وإن ترك التسمية عند ذلك ناسياً حل أكله، وإن رمى ثم سمى بعد ذلك، أو أرسل كلبه، ثم سمى بعد ذلك لا يحل أكله؛ لأن المعتبر وقت الرمي ووقت الإرسال هذا بالاتفاق.

وقوله: «وجرحه»: الجرح شرط لا بد منه في ظاهر الرواية، ويكتفى به في أي موضع كان من بدن الصيد.

قوله: (فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ أَوْ الْفَهْدُ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لأنه إنما أمسك على نفسه، وذلك يدل على فقد التعليم، فإن شرب الكلب من دم الصيد، ولم يأكل منه أكل؛ لأنه أمسك الصيد على صاحبه، وهذا يدل على غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه، وأمسك عليه ما يصلح له، وإن أخذ الصائد الصيد من الكلب، ثم قطع له منه قطعة وألقاها إليه، فأكلها جاز أكل الباقي، وكذا إذا وثب الكلب على الصيد. وقد صار في يد صاحبه، فأخذ منه لقمة، فإنه يؤكل الباقي بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه صاحبه، وكذا إذا سرق الكلب من الصيد بعد دفعه إلى صاحبه، فإنه يؤكل الباقي، وإن أرسل كلبه

(1) سورة الكهف: 76.

على صيد، فأخطأه الكلب وأخذ صيداً غيره فقتله، فإنه يؤكل، وكذا إذا أرسله على صيد بعينه، فأخطأ وأخذ غيره أكل، وكذا إذا أرسله على ظبي، فأخذ طيراً، أو على طير فأخذ ظبياً أكل، والطير في هذا كله بمنزلة الكلب، وإن انفلت كلب على صيد ولا مرسل له، فأغراه مسلم وسمى، فإن انزجر بزجره أكل، وإلا فلا، وإن أرسل كلباً على صيد، وسمى فما أخذ في ذلك الفور من الصيود فقتله أكل كله، وإن أخذ صيداً فقتله، ثم أخذ صيدا فقتله، ثم أخذ صيداً آخر فقتله أكل ذلك أيضاً، وكذا البازي على هذا إذا أخذ في فوره، وإن أخذ الكلب صيداً فقتله وجثم عليه طويلاً، ثم مر به صيد آخر فقتله لم يؤكل؛ لأنه قد خرج عن إرسال الأول. ولو كمن الكلب حتى مر عليه الصيد، فوثب عليه فأخذه وقتله أكل؛ لأن كمونه ليتمكن من الصيد من أسباب الاصطياد، فلا يقطع حكم الإرسال، وكذا البازي إذا أرسل، فسقط على شيء، ثم طار فأخذ الصيد أكل؛ لأنه إنما سقط على الشيء ليتمكن من الصيد، وهذا إذا لم يمكث طويلاً، وكذا الرامي إذا رمى بسهم فما أصاب في سننه ذلك أكل، حتى لو أصاب صيداً، ثم نفذ منه إلى آخر، ثم نفذ منه إلى آخر أكلوا جميعاً، فإن أمالت الريح السهم إلى ناحية أخرى يمنة، أو يسرة فأصاب صيداً لم يؤكل.

قوله: (**وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي أُكِلَ**)؛ لأنه ليس من شرط تعليمه ترك الأكل.

قوله (**وَإِنْ أَدْرَكَ الْمُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ فَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ**)؛ لأنه مقدور على ذبحه ولم يذبح فصار كالميتة، وهذا إذا تمكن من ذبحه. أما إذا لم يتمكن، وفيه من الحياة فوق ما يكون من المذبوح لم يؤكل أيضاً في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: يحل، وذكر بعضهم فيه تفصيلاً، وهو أنه إذا لم يتمكن لفقد سكين لم يؤكل، وإن لم يتمكن لضيق الوقت فكذا أيضاً لا يؤكل عندنا؛ لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيداً، فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وما عقره السبع، أو جرحه السهم من الأنعام، فإن كان الجرح مما لا يعيش منه، إلا قدر ما يعيش المذبوح، فذكاه لم يؤكل، وإن كان يعيش من مثله يوماً أو يومين، لو بقي فهو كالموقوذة، والمتردية فعن أبي حنيفة: يحل بالذبح.

وعند أبي يوسف: إن كانت الجراحة يعيش من مثلها أكثر اليوم يحل بالذبح.

وقال محمد: إن كان يبقى أكثر من بقاء المذبوح، فذبح أكل.

قال في المنظومة:

لو ذبح المجروح حل إن علم حياته يوماً لو الذبح عدم
وأكثر اليوم كذا الثاني وفي قول الأخير فوق ما يحيى الذكي

وفسر حافظ الدين الجرح في هذا بأن بقر الذئب بطنه، ولو قطع شاة بنصفين، ثم ذبحها آخر، والرأس يتحرك، أو شق جوفها وأخرج ما فيه، ثم ذبحها آخر لم تؤكل؛ لأن الأول قتلها.

قوله: (وَإِنْ خَنَقَهُ الْكَلْبُ وَلَمْ يَجْرَحْهُ لَمْ يُؤْكَلْ) وكذا لو صدمه بصدره، أو بجبهته فقتله ولم يجرحه بناب ولا بمخلب؛ لأن الجرح شرط في ظاهر الرواية، وفي هذا دليل على أنه لا يحل بالكسر؛ لأنه لا ينهر الدم، فصار كالخنق.

وعن أبي حنيفة: إذا كسر عضوا منه أكل؛ لأنه جراحة باطنة.

ولو أصاب السهم ظلف الصيد، أو قرنه فإن وصل إلى اللحم، فأدماه أكل وإلا فلا.

قوله: (وَإِنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ أَوْ كَلْبُ مَجُوسِيٍّ أَوْ كَلْبٌ لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ) يعني عمداً (لَمْ يُؤْكَلْ) لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل، وإن شاركه كلب آخر، فلا تأكل، فإنك إنما سميت على كلبك»[1].

ولو أرسل كلبه إلى ظبي موثق، فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأن الموثق لا يجوز صيده بالكلب فهو كالشاة.

ولو أرسل كلبه على فيل، فأصاب صيداً لم يؤكل، كذا في الكرخي، وإن سمع حسا فظنه صيداً، فأرسل كلبه أو بازيه أو رمى إليه سهما، فأصاب صيداً، ثم علم أنه كان حس شاة، أو آدمي لم يؤكل، وإن علم أنه حس صيد مأكول، أو غير مأكول حل ما اصطاده.

وقال زفر: إن كان حس صيد لا يؤكل كالسباع ونحوها لم يؤكل؛ لأن رميها لا يتعلق به إباحة الأكل، فإن أصاب غيرها لم يؤكل كما لو كان حس آدمي.

وعن أبي يوسف: إن كان حس خنزير لا يؤكل؛ لأنه متغلظ التحريم، وإن كان حس سبع أكل الصيد؛ لأن السباع وإن كانت محرمة الأكل، فإنه يجوز الانتفاع بها

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (254/2): حديث: قال النبي صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه فكل، وإن أكل منه فلا تأكل؛ لأنه إنما أمسك على نفسه، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل، فإنك إنما سميت على كلبك، ولم تسم على كلب غيرك» متفق عليه بلفظ: «فإن أكل منه فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه».

بخلاف الخنزير، فإنه لا يحل الانتفاع به بحال. وأما إذا لم يعلم أن الحس حس صيد، أو غيره لم يؤكل ما أصاب؛ لأن الحظر، والإباحة تساويا، فكان الحكم للحظر.

قال في الينابيع: إذا أرسل كلبه إلى بعير، فأصاب صيداً لم يؤكل، وإن أرسل إلى ذئب أو خنزير، فأصاب طيبا أكل.

قوله: (وَإِذَا رَمَى الرَّجُلُ سَهْمًا إِلَى صَيْدٍ فَسَمَّى اللَّهَ تَعَالَى عِنْدَ الرَّمْيِ أُكِلَ مَا صَابَهُ إِذَا جَرَحَهُ السَّهْمُ فَمَاتَ وَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا ذَكَّاهُ وَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، فبطل حكم البدل، وهذا إذا تمكن من ذبحه. أما إذا وقع في يده ولم يتمكن، وفيه من الحياة فوق ما يكون من المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية.

قوله: (وَإِذَا وَقَعَ السَّهْمُ بِالصَّيْدِ فَتَحَامَلَ حَتَّى غَابَ عَنْهُ وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتًا أُكِلَ) هذا استحسان.

والقياس: لا يؤكل، فإنه يجوز أن يكون مات من رميته، ويجوز أن يكون من غيرها.

وجه الاستحسان: أن النبي عليه السلام: «مر بالروحاء بحمار وحش عقير فبادر إليه أصحابه، فقال: دعوه حتى يأتي صاحبه، فجاء رجل من نهر، فقال: هذه رميتي، وأنا في طلبها، وقد جعلتها لك يا رسول الله، فأمر النبي عليه السلام أبا بكر أن يقسمها بين الرفاق»[1].

وقوله: «ولم يزل في طلبه حتى أصابه أكل»: هذا إذا لم يجد به جراحة أخرى سوى جراحة سهمه. أما إذا وجد به ذلك لا يؤكل؛ لأنه موهوم فلعله مات منها.

قوله: (وَإِنْ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ فَأَصَابَهُ مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ) لما روي: «أن رجلاً أهدى للنبي عليه السلام صيداً، فقال له: من أين لك هذا؟ قال: رميته بالأمس، فكنت في طلبه حتى هجم علي الليل، فقطعني عنه، ثم وجدته اليوم ومرماتي فيه، فقال عليه السلام: إنه غاب

---

(1) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الحج (باب: جواز أكل اللحم للمحرم إذا لم يصده أو يصد له) بلفظ:«أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بالعرج، فإذا هو بحمار عقير، فلم يلبث أن جاء رجل من بهز فقال: يا رسول الله هذا رميتي فشأنكم بها. فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه بين الرفاق، ثم سار حتى أتى عقبة الأثاية، فإذا هو بظبي فيه سهم، وهو حاقف (نائم قد انحنى في نومه) في ظل صخرة، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من أصحابه فقال: قف ههنا حتى يمر الرفاق لا يرميه أحد بشيء».

عنك ولا أدري لعل هوام الأرض أعانتك عليه فقتلته لا حاجة لي فيه»[1].

وقد روي عن ابن عباس أنه قال: كل ما أصميت ودع ما أنميت.

الإصماء: ما عاينته.

والإنماء: ما توارى عنك.

وفي المصفي الإصماء: أن يرميه فيموت بين يديه سريعاً، والإنماء: أن يغيب عنه بعد وقوع السهم فيه ثم يموت.

قوله: (وَإِنْ رَمَى صَيْدًا فَوَقَعَ فِي الْمَاءِ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لأنه يحتمل أنه مات من الغرق.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا وَقَعَ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إِلَى الأَرْضِ فَمَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لأنه يحتمل الموت من السقوط.

قوله: (وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِلَ)؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم، فإنه يمكن الاحتراز عنه.

ولو وقع على صخرة، فانفلق رأسه لم يؤكل لاحتمال الموت بذلك، كذا في المنتقى.

قال الحاكم الشهيد: وهذا خلاف جواب الأصل، فيحتمل أن يكون فيه روايتان.

قوله: (وَمَا أَصَابَ الْمِعْرَاضَ بِعَرْضِهِ لَمْ يُؤْكَلْ وَإِنْ جَرَحَهُ أُكِلَ)؛ لأنه لا بد من الجرح لتحقق معنى الذكاة، والمعراض عصا محددة الرأس.

وقيل: هو السهم المنحوت من الطرفين.

قوله: (وَلاَ يُؤْكَلُ مَا أَصَابَتْ الْبُنْدُقَةُ إِذَا مَاتَ مِنْهَا)؛ لأنها تدق وتكسر ولا تجرح، وكذا لو رماه بحجر، ولو جرحه إذا كان ثقيلاً لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفاً، وبه حدة يحل أكله، ثم البندقة إذا كان لها حدة تجرح به أكل.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (255/2): قوله: روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الراعي، وقال: لعل هوام الأرض قتلته. عبد الرزاق من حديث عائشة: أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم بظبي قد أصابه بالأمس، فقال: لو أعلم أن سهمك قتله أكلته، ولكن لا أدري وهوام الأرض كثيرة، وفيه عبد الكريم بن أبي المخارق وهو ضعيف.

وروي من مرسل زياد بن أبي مريم نحوه. وروى أبو داود في المراسيل عن الشعبي: أن أعرابياً أهدى للنبي صلى الله عليه وسلم ظبياً، الحديث. وفيه: بات عنك ليلة، فلا آمن أن تكون هامة، أعانتك عليه، لا حاجة لي فيه. وروى ابن أبي شيبة والطبراني وأبو داود في المراسيل: من طريق عبد الله بن أبي رزين، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه أسلم في الصيد يتوارى عن صاحبه قال: لعل هوام الأرض قتلته.

قال في الينابيع: ولو رمى طائراً بحجر، أو عود فكسر جناحه ولم يخرقه لم يؤكل، وإن خرقه أكل، وإن أصاب رأسه فقطعه وأبانه لم يؤكل؛ لأنه أبانه بالثقل، والقوة وإن أبانه بمحدد أكل، وإن رماه بسيف، أو سكين، فأصابه بحده، فجرحه أكل وإن أصابه بقفا السكين، أو بمقبض السيف لا يؤكل؛ لأنه قتله دقاً، والحديد وغيره فيه سواء، كذا في الهداية.

ولو رماه فجرحه فمات بالجرح إن كان الجرح مدمياً أكل بالاتفاق، وإن لم يكن مدمياً، فكذلك أيضاً عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة، أو كبيرة؛ لأن الدم قد يحبس لضيق المنفذ، أو غلظ الدم.

وعند بعضهم: يشترط الإدماء.

وعند بعضهم: إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء، وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء.

قوله: (وَإِذَا رَمَى صَيْدًا فَقَطَعَ عُضْوًا مِنْهُ أُكِلَ الصَّيْدُ وَلاَ يُؤْكَلُ الْعُضْوُ) لقوله عليه السلام: «ما أبين من الحي فهو ميت»[1]، والعضو بهذه الصفة؛ لأن المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً؛ لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة.

قوله: (وَإِنْ قَطَعَهُ أَثْلاَثًا، وَالأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي الْعَجُزَ أُكِلَ الْجَمِيعُ)؛ لأن الأوداج متصلة بالقلب إلى الدماغ، فإذا قطع الثلث مما يلي الرأس صار قاطعاً للعروق كما لو

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (256/2): حديث: «ما أبين من الحي فهو ميت» أحمد والترمذي وأبو داود وإسحاق وابن أبي شيبة والدارمي وأبو يعلى والطبراني والدارقطني والحاكم من حديث أبي واقد الليثي قال: «قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة، وهم يجبون أسنمة الإبل، ويقطعون أليات الغنم، فقال: ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة»، لفظ الترمذي، أخرجوه من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار، عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عنه. وأخرجه ابن ماجه من رواية هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم، عن ابن عمر بلفظ: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة»، ولم يذكر القصة، وكذا أخرجه الدارقطني والبزار والحاكم والطبراني في الأوسط من طريق عاصم بن عمر، عن عبد الله بن دينار، عن أبيه عن ابن عمر نحوه.

ورواه سليمان بن بلال والمسور بن الصلت عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد، أخرجه البزار والحاكم من رواية المسور. وهكذا أخرجه أبو نعيم في الحلية، في ترجمة يوسف بن أسباط من رواية خارجة بن مصعب، عن زيد بن أسلم. وكذا أخرجه ابن عدي في ترجمة خارجة وضعفه، وأخرجه الحاكم من رواية سليمان، لكن قال البزار: إن سليمان رواه مرسلاً، لم يذكر أبا سعيد، ورواه معمر عن زيد بن أسلم قال: كان أهل الجاهلية يجبون الأسنمة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر الحديث مرسلاً.

ذبحه، وإن كان الأكثر مما يلي الرأس لا يؤكل ما صادف العجز؛ لأن الجرح لم يصادف العروق، فصار مباناً من الحي، فلا يؤكل ويؤكل المبان منه، وإن قطعه بنصفين أكل الجميع، ولو ضرب عنق شاة، فأبان رأسها تحل لقطع الأوداج، ويكره.

قوله: (وَلاَ يُؤْكَلُ صَيْدُ الْمَجُوسِيِّ، وَالْمُرْتَدِّ، وَالْوَثَنِيِّ، وَالْمُحْرِمِ) وأما الصبي إذا كان يعقل الذبح، والتسمية فلا بأس بصيده وذبحه، وإن كان لا يعقل لا يحل صيده ولا ذبحه، والمجنون كذلك.

قوله: (وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثْخِنْهُ وَلَمْ يَخرُجْهُ مِنْ حَيِّزِ الامْتِنَاعِ فَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلثَّانِي وَيُؤْكَلُ)؛ لأن الثاني هو الذي صاده وأخذه.

قوله: (وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ أَثْخَنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ فَهُوَ لِلأَوَّلِ وَلَمْ يُؤْكَلْ) لاحتمال الموت بالثاني، وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الأول، وهذا إذا كانت الرمية الأولى بحيث ينجو منها الصيد؛ لأنه حينئذ يكون الموت مضافاً إلى رمي الثاني، أما إذا كان الرمي الأول بحيث لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة، إلا بقدر ما يبقى في المذبوح كما إذا أبان رأسه يحل؛ لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني؛ لأن وجوده وعدمه سواء.

قوله: (وَالثَّانِي ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلأَوَّلِ غَيْرَ مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ)؛ لأنه بالرمي أتلف صيدا مملوكاً له؛ لأنه ملكه بالرمي المثخن، وهو منقوص بجراحته، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف.

وهذه المسألة على وجوه: إن مات من رمية الأول بعد رمية الثاني أكل، وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن جنايته صادفته مجروحاً، وإن مات من الجراحة الثانية لم يؤكل؛ لأن الثاني رمى إليه، وهو غير ممتنع، فصار كمن رمى إلى شاة، ويضمن الثاني أيضاً ما نقصته جراحته؛ لأنه قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة كما إذا قتل عبداً مريضاً، وإن مات من الجراحتين جميعاً لم يؤكل؛ لأنه تعلق به الحظر، والإباحة فكان الحكم للحظر، والصيد للأول؛ لأنه هو الذي أخرجه عن حيز الامتناع، وعلى الثاني للأول نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، وما نقصته الجراحة الثانية؛ لأنه مات بفعلهما، فسقط عنه نصف الضمان وثبت نصفه، وإنما ضمن ما نقصته الجراحة الثانية؛ لأنه حصل في ملك غيره.

قال في الزيادات: يضمن ما نقصته الجراحة، ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، ثم يضمن نصف قيمة لحمه. أما الضمان الأول، فلأنه جرح حيواناً مملوكاً

كالغير، وقد نقصه فيضمن ما نقصه أوّلاً. وأما الثاني فلأن الموت أيضاً حصل بالجراحتين، فيكون هو متلف نصفه، وهو مملوك غيره، فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين؛ لأن الأولى لم تكن بصنيعه، والثانية: ضمنها مرة، فلا يضمنها ثانياً. وأما الثالث، فلأن بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني، فهذا الرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه.

قوله: (وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنْ الْحَيَوَانِ وَمَا لاَ يُؤْكَلُ)؛ لأن له غرضا في غير المأكول بأن ينتفع بجلده، أو بشعره، أو ريشه، أو قرنه، أو لاستدفاع شره.

{مطلب في الذبائح}

قوله: (وَذَبِيحَةُ الْمُسْلِمِ، وَالْكِتَابِيِّ حَلاَلٌ) قال في المستصفى: هذا إذا كان الكتابي لا يعتقد المسيح إلهاً. أما إذا اعتقده إلهاً، فهو كالمجوسي لا تحل لنا ذبيحته.

ومن شرطه: أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي.

وأن يكون حلالاً خارج الحرم، وهذا الشرط في حق الصيد لا في حق الأنعام وإطلاق ذبيحة المسلم، والكتابي يريد به إذا كان الذابح يعقل التسمية ويضبطها ذكراً كان، أو أنثى صغيراً كان أو كبيراً، وإن كان لا يقدر على الذبح، ولا يضبط التسمية، فذبيحته ميتة لا تؤكل، ولا تؤكل ذبيحة الصبي الذي لا يعقل، والمجنون، والسكران الذي لا يعقل، ويجوز ذبيحة الأخرس.

قوله: (وَلاَ تُؤْكَلُ ذَبِيحَةُ الْمَجُوسِيِّ، وَالْمُرْتَدِّ، وَالْوَثَنِيِّ)؛ لأن المرتد لا ملة له، والوثني مثله. وأما المجوسي فلقوله عليه السلام في المجوس: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»[1].

وأما ذبيحة الصابئين: وهم فرقة من النصارى: فعند أبي حنيفة: تؤكل إذا كانوا يؤمنون بنبي، ويقرون بكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكب، ولا يقرون بنبوة عيسى عليه السلام لم تؤكل.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (256/2): حديث: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب، غير آكلي ذبائحهم، ولا ناكحي نسائهم» لم أجده هكذا، ولكن روى عبد الرزاق وابن شيبة، من طريق الحسن بن محمد بن الحنفية رفعه: «كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم» ولمالك عن عبد الرحمن بن عوف رفعه: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب».

قوله: (وَالْمُحَرَّمُ) يعني من الصيد خاصة، وإطلاق المحرم ينتظم حرمة ذبحه في الحل والحرم، ولكن لا يجوز ما ذبح في الحرم من الصيد سواء ذبحه حلال، أو محرم ويجوز ذبيحة من يعقل الذبح، والتسمية ويضبط ذلك، وإن كانت امرأة، أو صبياً.

ومعنى ضبط الذبح: أن يقدر على فري الأوداج، والأقلف، والمجبوب، والخصي، والخنثى، والمخنث تجوز ذبيحتهم على ما ذكرنا.

قوله: (وَإِنْ تَرَكَ الذَّابِحُ التَّسْمِيَةَ عَمْدًا فَالذَّبِيحَةُ مَيْتَةٌ لاَ يَحِلُّ أَكْلُهَا وَإِنْ تَرَكَهَا نَاسِيًا أُكِلَتْ) وقال الشافعي: تؤكل في الوجهين.

وقال مالك: لا تؤكل في الوجهين، والمسلم، والذمي في ترك التسمية سواء. وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال الكلب، والبازي، والرمي، ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح، وهي على المذبوح، وفي الصيد تشترط عند الإرسال، والرمي وهي على الآلة، حتى لو أضجع شاة، وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز.

ولو رمى الى صيد وسمى، وأصاب غيره حل، وكذا في الإرسال، ولو أضجع شاة، وسمى وكلمه إنسان، أو استسقى ماء فشرب، أو شحذ السكين قليلاً، ثم ذبح على تلك التسمية الأولى أجزاه. وأما إذا طال الحديث، أو أخذ في عمل آخر، واشتغل به، ثم ذبح بتلك التسمية الأولى لم تؤكل. وأما استقبال القبلة بالذبيحة، فليس بواجب بالاتفاق، وإنما هو سنة.

وصورة التسمية: بسم الله والله أكبر.

وقال الحلواني: بسم الله الله أكبر بدون الواو، وإن قال: بسم الله الرحمن الرحيم، فهو حسن.

والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود: جردوا التسمية، حتى لو قال مكان التسمية: اللهم اغفر لي لم تؤكل؛ لأنه دعاء وسؤال، ولو قال: سبحان الله، أو الحمد لله، أو لا إله إلا الله يريد التسمية أجزاه؛ لأن المأمور به ذكر الله تعالى على وجه التعظيم، ولو عطس عند الذبح، فقال: الحمد لله لا يجزيه عن التسمية، وكذا إذا قال: الحمد لله يريد الشكر دون التسمية لا تؤكل.

ولا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره مثل أن يقول: بسم الله محمد رسول الله. والكلام فيه على ثلاثة أوجه:

1 - أحدها: أن يذكره موصولاً له لا معطوفاً مثل أن يقول: ما ذكرنا فهذا يكره، ولا تحرم الذبيحة.

2- والثاني: أن يذكره معطوفاً مثل أن يقول: بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال، فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهل بها لغير الله تعالى.

3- والثالث: أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية أو بعدها وقبل أن يضجع الذبيحة؛ لأنه لا بأس به، وقد قال عليه السلام: «موضعان لا ذكر فيهما عند الذبيحة وعند العطاس»[1]. وإن قال: بسم الله، وصلى الله على محمد تؤكل، والأولى أن لا يقول ذلك.

وفي المشكل: الذبح عند مرأى الضيف تعظيماً له لا يحل أكلها، وكذا عند قدوم الأمير أو غيره تعظيماً؛ لأنه أهل به لغير الله. وأما إذا ذبح عند غيبة الضيف لأجل الضيافة، فإنه لا بأس به، ولو سمى بالفارسية، أو الرومية، وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزاه.

قوله: (**وَالذَّبْحُ بَيْنَ الْحَلْقِ، وَاللَّبَّةِ**) اللبة على الصدر، وهي نقرة النحر.

وفي الكرخي: الذكاة في اللبة فما فوق ذلك إلى اللحيين.

وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه.

ومعنى كلام الشيخ «بين» بمعنى «في»: أي والذبح في الحلق، واللبة.

قوله: (**وَالْعُرُوقُ الَّتِي تُقْطَعُ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةٌ الْحُلْقُومُ وَالْمَرِيءُ وَالْوَدَجَانِ**) الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام، والودجان مجرى الدم، وهما العرقان اللذان بينهما الحلقوم، والمريء .

قوله: (**فَإِذَا قَطَعَهَا حَلَّ الأَكْلُ**)؛ لأنه أكمل الذكاة ووجد شرطها في محلها.

قوله: (**وَإِنْ قَطَعَ أَكْثَرَهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**)؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام.

قوله: (**وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لاَ بُدَّ مِنْ قَطْعِ الْحُلْقُومِ، وَالْمَرِيءِ وَأَحَدِ الْوَدَجَيْنِ**) قال في الهداية: والمشهور أن هذا قول أبي يوسف وحده.

ومعناه: إذا قطع ثلاثة وترك واحداً جاز أي الثلاثة كانت عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: إن قطع الحلقوم، والمريء وأحد الودجين جاز، وإلا فلا، حتى لو قطع الحلقوم، والمريء، أو اقتصر على أحدهما مع الودجين لم يجز عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يجوز، حتى يقطع من كل واحد من العروق الأربعة أكثره.

---

(1) أخرجه البيهقي في سنن الكبرى في كتاب الضحايا (باب: الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم عند الذبيح) بلفظ: «لا تذكروني عند ثلاث: تسمية الطعام، وعند الذبح، وعند العطاس».

قوله: (وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِاللِّيطَةِ، وَالْمَرْوَةِ وَبِكُلِّ شَيْءٍ أَنْهَرَ الدَّمَ إِلاَّ السِّنَّ الْقَائِمَةَ، وَالظُّفْرَ الْقَائِمَ) الليطة قشرة القصب، والمروة واحدة المرو وهي حجارة بيض براقة تقدح منها النار.

وقيد بالظفر القائم، والسن القائمة؛ لأنها إذا كانت منـــزوعة جاز الذبح بها، ولا بأس بأكله.

وقال الشافعي: المذبوح بهما ميتة لا يجوز أكلها. وأما الذبح بالسن القائمة، والظفر القائم، فإنه لا يجوز بالإجماع، فإن ذبح بهما كان ميتة؛ لأنه يقتل بالثقل؛ لأنه يعتمد عليه، ولو ذبح الشاة ولم يسل منها دم.

قال أبو القاسم الصفار: لا تؤكل.

وقال أبو بكر الإسكاف والهندواني: تؤكل؛ لأن فري الأوداج قد حصل، وهذا إنما يكون في الشاة إذا علفت العناب.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَحُدَّ الذَّابِحُ شَفْرَتَهُ) لقوله عليه السلام: «إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته»[1]؛ ولأن تحديدها أسرع للذبح، وأسهل على الحيوان، ويكره الذبح بالسكين الكليلة لما فيه من تعذيب الحيوان، وهو منهي عنه ويكره أن يضجع الشاة، ثم يحد الشفرة بعدما أضجعها، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «رأى رجلاً قد أضجع شاة وهو يحد شفرته، فقال: لقد أردت أن تميتها ميتتين ألا حددتها قبل أن تضجعها»[2].

ورأى عمر رضي الله عنه رجلاً قد أضجع شاة وجعل رجله على صفحة وجهها، وهو: يحد الشفرة فضربه بالدرة، فهرب وشردت الشاة، فقال عمر: هلا حددتها قبل أن تضع رجلك موضع وضعتها؛ ولأن البهائم تحس بما يجزع منه، فإذا فعل ذلك زاد في ألمها، وذلك لا يجوز.

ويكره أيضاً أن يجر برجلها إذا أراد ذبحها.

---

(1) قـــال ابن حجر العسقلاني في الدراية (207/2): حديث: «إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شـــيء، فـــإذا قتلـــتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته» مسلم والأربعة من حديث شداد بن أوس.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (207/2-208): حديث: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجـــلاً أضجع شاة، وهو يحد شفرته فقال: «لقد أردت أن تميتها موتات، هلا حددتها قبل أن تضـــجعها» الحاكم من حديث ابن عباس. وأخرجه الطبراني، وهو عند عبد الرزاق من مرسل عكرمة.

ويستحب أن يسوقها برفق ويضجعها برفق.

قوله: (وَمَنْ بَلَغَ بِالسِّكِّينِ النُّخَاعَ أَوْ قَطَعَ الرَّأْسَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ وَتُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ) النخاع عرق أبيض في عظم الرقبة.

ويكره له أيضاً أن يكسر العنق قبل أن تموت، وأن يخلع جلدها قبل أن تبرد.

قوله: (فَإِنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِنْ قَفَاهَا فَإِنْ بَقِيَتْ حَيَّةً حَتَّى قَطَعَ الْعُرُوقَ جَازَ وَيُكْرَهُ)؛ لأنه خلاف المسنون.

قوله: (وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ قَطْعِ الْعُرُوقِ لَمْ تُؤْكَلْ)؛ لأنها ماتت قبل وجود الذكاة في محلها كما لو ماتت حتف أنفها.

رجل ذبح شاة مريضة، فلم يتحرك منها إلا فوها إن فتحت فاها لا تؤكل، وإن ضمته أكلت، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن غمضتها أكلت وإن مدت رجليها لا تؤكل، وإن قبضتهما أكلت، وإن لم يقم شعرها لا تؤكل، وإن قام أكلت، هذا كله إذا لم يعلم أنها حية وقت الذبح. أما إذا علمت يقيناً أكلت بكل حال كذا في الواقعات.

وفي الينابيع: الشاة إذا مرضت، أو شق الذئب بطنها ولم يبق فيها من الحياة إلا مقدار ما يعيش المذبوح، فعند أبي يوسف ومحمد: لا تحل بالذكاة، والمختار: أن كل شيء ذبح وهو حي حل أكله، ولا توقيت فيه، وعليه الفتوى لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [1]، من غير فصل، وإن ذبح شاة، أو بقرة وتحركت وخرج منها الدم أكلت، وإن لم تتحرك ولم يخرج منها الدم لم تؤكل، وإن تحركت ولم يخرج منها الدم أكلت، وإن خرج منها الدم ولم تتحرك وخروجه مثل ما يخرج من الحي أكلت عند أبي حنيفة وبه نأخذ، كذا في الينابيع.

قوله: (وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنْ الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ الذَّبْحُ)؛ لأنه مقدور على ذبحه كالشاة.

قوله: (وَمَا تَوَحَّشَ مِنْ النَّعَمِ فَذَكَاتُهُ الْعَقْرُ وَالْجَرْحُ) والأصل في هذا: أن الذكاة على ضربين:

1 - اختيارية.

2- واضطرارية. ومتى قدر على الاختيارية لا تحل له الذكاة الاضطرارية، ومتى عجز عنها حلت له الاضطرارية.

فالاختيارية: ما بين اللبة، واللحيين.

---

(1) سورة المائدة: 3.

والاضطرارية: الطعن، والجرح وإنهار الدم في الصيد، وكل ما كان في علة الصيد من الأهلي كالإبل إذا ندت، أو وقع منها شيء في بئر، فلم يقدر على نحره، فإنه يطعنه في أي موضع قدر عليه، فيحل أكله وكذا إذا تردت بقرة في بئر، فلم يقدر على ذبحها، فإن ذكاتها العقر، والجرح ما لم يصادف العروق على هذا أجمع العلماء؛ لأن الذبح فيه متعذر. وأما الشاة، فإنها إذا ندت في الصحراء، فذكاتها العقر؛ لأنه لا يقدر عليها، وإن ندت في المصر لم يجز عقرها؛ لأنها لا تدفع عن نفسها، فيمكن أخذها في المصر بخلاف البعير، والبقرة، فإنهما إذا ندا في المصر، أو الصحراء، فهو سواء وذكاتهما العقر؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما بقوتهما، فلا يقدر عليهما.

قوله: (وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الْبَقَرِ، وَالْغَنَمِ الذَّبْحُ) قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُواْ بَقَرَةً﴾ (1)، وقال في الغنم: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ۝١٠٧﴾ (2).

قوله: (فَإِنْ نَحَرَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ) أما الجواز فلقوله عليه السلام: «أنهر الدم بما شئت» (3). وأما الكراهة فلمخالفة السنة المتوارثة فإن قيل: روى جابر قال: «نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة» (4). ولم يقل ذبحنا البقرة، قيل: العرب قد تضمر الفعل إذا كان في اللفظ دليل عليه قال الشاعر:

---

(1) سورة البقرة: 67.

(2) سورة الصافات: 107.

(3) قال الزيلعي في نصب الراية (187/4): قال عليه السلام: «أنهر الدم بما شئت»، ويروى: «أفر الأوداج بما شئت»؛ قلت: أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن سماك بن حرب عن مري بن قطري عن عدي بن حاتم؛ قلت: يا رسول الله أرأيت أحدنا أصاب صيداً، وليس معه سكين، أنذبح بالمروة، وشقة العصا؟ فقال: أمرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله، انتهى. وفي لفظ النسائي: أنهر، وكذلك أحمد في «مسنده» قال الخطابي: ويروى: أمرر، قال: والصواب أمر - ساكن الميم، خفيف الراء- أي أسله، انتهى. قلت: وبهذا اللفظ رواه ابن حبان في «صحيحه» في النوع الخامس والستين من القسم الثالث؛ والحاكم في «المستدرك»، وقال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، قال السهيلي في «الروض الأنف»: أمر الدم -بكسر الميم- أي أسله، يقال: دم مائر: أي سائل، قال هكذا رواه النقاش، وفسره، ورواه أبو عبيد-بسكون الميم- جعله من مريت الضرع، والأول أشبه بالمعنى، انتهى. وجمع الطبراني في «معجمه» بين الروايات الثلاثة، وفيه رواية رابعة عند النسائي في «سننه الكبرى» أهرق.

(4) أخرجه الشافعي في مسنده في كتاب الحج (الباب السادس فيما يلزم الحاج بعد دخول مكة إلى فراغه من مناسكه) بلفظ: «نَحَرْنَا مَعَ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم عامَ الحُدَيْبِيَةِ البَدَنَةَ عن سَبْعَةٍ، وَالبقَرَةَ عن سَبْعَةٍ».

علفتها تبنا وماء بارداً حتى غدت همالة عيناها

أي وسقيتها ماء بارداً، فأضمر الفعل، كذا هذا معناه: وذبحنا البقرة.

قوله: (وَالْمُسْتَحَبُّ فِي الإِبِلِ النَّحْرُ) لقوله تعالى: ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ﴾[1]، يعني البدن، ولأن اللبة من البدنة ليس فيها لحم. فلذلك استحب فيها النحر؛ لأنه أسهل على الحيوان بخلاف الغنم، والبقر، فإن حلقهما على وجه واحد.

قوله: (فَإِنْ ذَبَحَهَا جَازَ وَيُكْرَهُ) وقال مالك: لا يجوز، فإن ذبحها لم تؤكل، وكذا عنده إذا نحر الشاة، والبقرة لا يؤكل.

لنا: قوله عليه السلام: «أنهر الدم بما شئت»[2].

والسنة في البعير: أن ينحر قائماً معقول اليد اليسرى، فإن أضجعه جاز، والأول أفضل.

والسنة في الشاة والبقرة: أن تذبح مضجعة؛ لأنه أمكن لقطع العروق، ويستقبل القبلة في الجميع.

قال في الواقعات: رجل ذبح شاة وقطع الحلقوم، والأوداج إلا أن الحياة فيها باقية، فقطع إنسان منها قطعة يحل أكل المقطوع؛ لأن المخصوص بعدم الحل ما أبين من الحي، وهذا لا يسمى حياً مطلقاً. قال في التفسير في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا ﴾[3]، يعني الإبل إذا سقطت بعد النحر فوقعت جنوبها على الأرض وخرجت روحها فكلوا منها، ولا يجوز الأكل من البدن، إلا بعد خروج الروح.

قوله: (وَمَنْ نَحَرَ نَاقَةً أَوْ ذَبَحَ بَقَرَةً أَوْ شَاةً فَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا جَنِينًا مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ أَشْعَرَ أَوْ لَمْ يُشْعِرْ) هذا قول أبي حنيفة وزفر.

وعندهما: إن تم خلقه أكل وإلا، فلا لقوله عليه السلام: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[4]،

---

(1) سورة الكوثر: 2.

(2) تقدم تخريجه.

(3) سورة الحج: 36.

(4) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (208/2): حديث: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد من حديث أبي سعيد الخدري بهذا، وصححه ابن حبان. وروى الدارقطني وزاد: «أشعر أولم يشعر»، وقال: الصحيح موقوف. وفي رواية أبي داود قصة، وعنده قلنا: يا رسول الله، ننحر الناقة، ونذبح البقرة والشاة الجنين، أنلقيه أم نأكله؟ فقال صلى الله عليه وسلم: «كلوه، فإن ذكاته ذكاة أمه».

ولأنه في حكم جزء من أجزائها بدليل أنه يدخل في بيعها ويعتق بعتقها، فصار كسائر أعضائها.

ولأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ [1]، وهي اسم لما مات حتف أنفه، وهذا موجود في الجنين؛ لأنه لا يموت بموت أمه؛ لأنها قد تموت، ويبقى الجنين في بطنها حيّاً ويموت وهي حية، فحياته غير متعلقة بحياتها، فلا تكون ذكاتها ذكاة له، فصارا كالشاتين لا تكون ذكاة إحداهما ذكاة للأخرى، ولأنه أصل في الحياة، والدم؛ لأنه لا يتصور حياته بعد موتها، وله دم على حدة غير دمها، والذبح شرع لتنهير الدم النجس من اللحم الطاهر، وذبحها لا يكون سبباً لخروج الدم منه.

وما رويناه من الحديث قد روي: ذكاة أمه بالنصب بنزع الخافض، أي كذكاة أمه. وأما إذا خرج الجنين حيّاً ومات لم يؤكل بالإجماع. وإنما الخلاف فيما إذا خرج ميتاً، وإنما شرط أن يكون كامل الخلق؛ لأنه إذا لم يكمل، فهو كالمضغة، والدم فلا يحل أكله.

ومعنى قوله: «أشعر أو لم يشعر»: أي تم خلقه أو لم يتم.

{مطلب فيما يحل أكله وما لا يحل}

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَكْلُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنْ السِّبَاعِ وَلاَ ذِي مِخْلَبٍ مِنْ الطَّيْرِ) المراد من ذي الناب أن يكون له ناب يصطاد به، وكذا من ذي المخلب، وإلا فالحمامة لها مخلب، والبعير له ناب وذلك لا تأثير له.

فذو الناب من السباع: الأسد، والنمر، والفهد، والذئب، والضبع، والثعلب، والكلب، والسنور البري، والأهلي، والفيل، والقرد، وكذا اليربوع، وابن عرس من سباع الهوام، وذو المخلب من الطير الصقر، والبازي، والنسر، والعقاب، والرخم، والغراب الأسود، والحدأة، والشاهين، وكل ما يصطاد بمخلبه.

وقد روي أن النبي عليه الصلاة والسلام: «لعن يوم خيبر عشرة، وحرم خمسة. لعن آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهده، وممليه، والواشمة، والموشومة، والواصلة، والموصولة، ومانع الصدقة، وحرم الخاطفة، والمنتهبة، والمجثمة، والحمار الأهلي، وكل ذي ناب من السباع، وقال: أكل كل ذي ناب من السباع حرام» [2].

---

(1) سورة المائدة: 3.

(2) انظر سنن أبي داود في كتاب الأطعمة (باب: في أكل لحوم الخيل)، (باب: النهي عن أكل السباع)، وسنن الترمذي في كتاب الأطعمة (باب: ما جاء في كراهية كل ذي ناب وذي مخلب)، وسنن النسائي في كتاب الصيد والذبائح (باب: تحريم أكل لحوم الخيل).

فالخاطفة: هي ما تخطف من الهوى مثل البازي، والحدأة.

والمنتهبة: هي ما تنتهب من الأرض مثل الذئب ونحوه.

والمجثمة: يروي بفتح الثاء وكسرها، فهي بالفتح كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غمّاً، وبالكسر هو كل شيء عادته أن ينجثم على الصيد مثل الكلب، والذئب.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ بِغُرَابِ الزَّرْعِ)؛ لأنه يأكل الحب، وليس هو من سباع الطير ولا يأكل الجيف، وكذا لا بأس بأكل العقعق، والهدهد، والحمام، والعصافير؛ لأن عامة أكلها الحب، والثمار.

قوله: (وَلاَ يُؤْكَلُ الأَبْقَعُ الَّذي يَأْكُلُ الْجِيَفَ) وكذا كل غراب يخلط الجيف، والحب لا يؤكل. وأما الدجاج، فلا بأس بأكله بإجماع العلماء، وكذا البط الكسكري في حكم الدجاج.

قوله: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ الضَّبُعِ، وَالضَّبِّ، وَالْحَشَرَاتِ كُلِّهَا) وقال الشافعي: لا بأس بأكل الضبع، والضب.

وقوله: «والحشرات كلها»: يعني المائي، والبري كالضفدع، وغيرها، وكذا السلحفاة؛ لأنها من الحشرات، وكذا الفئران، والأوزاغ، والعضابة، والقنافذ، والحيات وجميع الدبيب، والزنابير، والعقارب، والذباب، والجعلان، والبرمان؛ لأن هذه لأشياء مستخبثة، قال الله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ (1).

وأما الوبر: فقال أبو يوسف: هو مثل الأرنب؛ لأنه يعتلف البقول والنبت ولا يأكل الجيف، ويجوز أكل الظباء وبقر الوحش وحمر الوحش، والإبل وهو الوعل.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَكْلُ لُحُومِ الْحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ، وَالْبِغَالِ)؛ لأن النبي عليه السلام: «حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر، وأمر طلحة أن ينادي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهاكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس»(2). فأراقوا القدور وهي تغلي.

وأما البغل: فهو متولد من الحمار، فكان مثله.

قوله: (وَيُكْرَهُ أَكْلُ لَحْمِ الْفَرَسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) يعني كراهة تحريم لا كراهة تنـــزيه.

---

(1) سورة الأعراف: 157.

(2) أخـــرجه البـــخاري في كتاب المغازي (باب: غزوة خيبر)، وفي كتاب الذبائح (باب: لحوم الحمر الأهلية)، ومسلم في كتاب الذبائح (باب: تحريم أكل الحمر الأهلية)، وأبو داود في سننه في كتاب الأطعمة (باب: في أكل لحوم الحمر الأهلية).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأكله لما روى جابر قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر وأذن في الخيل يوم خيبر»[1].

ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾[2]، خرج مخرج الامتنان. فلو جاز أكلها لذكره؛ لأن النعمة بالأكل أكثر من النعمة بالركوب. ألا ترى أن الإبل لما كانت تؤكل، وتركب جمع بينهما، فقال تعالى: ﴿ فَمِنْهَا رَكُوبُهُمْ وَمِنْهَا يَأْكُلُونَ ﴾[3]، ولأن الخيل آلة إرهاب العدو، فيكره أكلها احتراماً لها. ولهذا يضرب للفرس سهمان في الغنيمة، ولأن في إباحتها تقليل الجهاد. وأما لبنها، فلا بأس به؛ لأنه ليس في شربه تقليل الجهاد.

قوله: (**وَلاَ بَأْسَ بِأَكْلِ الأَرَانِبِ**)؛ لأنها ليست من السباع، ولا من أكلة الجيف، فأشبهت الظباء.

مسألة: الكلب إذا نزا على معزة، فولدت ولداً رأسه مثل رأس الكلب، وما سوى ذلك الأعضاء يشبه المعز، فإنه يقدم إليه اللحم، والعلف، فإن تناول اللحم دون العلف لم يؤكل؛ لأنه كلب، وإن تناول العلف دون اللحم يرمى بالرأس، ويؤكل ما سواه، فإن تناولهما جميعاً يضرب، فإن نبح لا يؤكل، وإن نعر يرمى بالرأس بعد الذبح ويؤكل ما سواه، وإن نبح ونعر يقرب إليه الماء، فإن ولغ فهو كلب لا يؤكل، وإن شرب يرمى بالرأس ويؤكل ما سواه.

وقيل: إن خرج منه الكرش يؤكل ما سوى الرأس، وإن خرج منه الأمعاء لا يؤكل.

قوله: (**وَإِذَا ذُبِحَ مَا لاَ يُؤْكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ لَحْمُهُ وَجِلْدُهُ إِلاَّ الْآدَمِيُّ، وَالْخِنْزِيرُ فَإِنَّ الذَّكَاةَ لاَ تَعْمَلُ فِيهِمَا شَيْئًا**) الآدمي لحرمته، والخنزير لنجاسته كما في الدباغ لقوله عليه السلام: «دباغ الأديم ذكاته»[4]، فكما يطهر بالدباغ كذلك يطهر بالذكاة بخلاف ما

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (211/2): حديث جابر: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر» متفق عليه. وفي الصحيح عن أسماء بنت أبي بكر: «نحرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرساً فأكلناه»، وفي رواية: «أكلنا لحم فرس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره».

(2) سورة النحل: 8.

(3) سورة يس: 72.

(4) قال ابن حجر العسقلاني في تلخيص الخبير (49/1): حديث: «دباغ الأديم ذكاته» أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي وابن حبان من حديث الجون بن قتادة عن سلمة بن المحبق به، وفيه قصة، =

ذبحه المجوسي؛ لأن ذبحه إماتة في الشرع، فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه، حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده.

وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل؟

قيل: لا يجوز كالأكل.

وقيل: يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة، والزيت غالب لا يؤكل، وينتفع به في غير الأكل، كذا في الهداية.

واختلفوا في الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه هو مجرد الذبح أو الذبح مع التسمية؟

والظاهر: أنه لا يطهر إلا بالذبح مع التسمية، وإلا فيلزم تطهير ما ذبحه المجوسي.

ويكره أكل لحوم الإبل الجلالة وشرب لبنها وكذا البقرة، والشاة، والجلالة هي التي تأكل العذرة، والنجاسات لا غير. أما إذا خلطت فليست بجلالة.

وقيل: هي التي الأغلب من أكلها النجاسة، ولذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يحج عليها، أو يغزى عليها، أو ينتفع بها في العمل، إلا أن تحبس أياماً، وتعلف، وهذا محمول على أنها تنتن في نفسها فمنع من استعمالها، حتى لا تتأذى الناس بريحها.

وكان أبو حنيفة لا يؤقت في حبسها وقتاً، وإنما قال: يحبسها حتى يطيب لحمها.

وروي أنها تحبس ثلاثة أيام.

وقيل: سبعة أيام وذلك موقوف على زوال النتن، ولا عبرة بالأيام.

وتوقف أبو حنيفة في ثمان مسائل، ولم يؤقت فيها وقتاً:

أحدها: هذه متى يطيب لحمها.

والثانية: الكلب متى يصير معلماً.

والثالثة: متى وقت الختان.

والرابعة: الخنثى المشكل.

والخامسة: سؤر الحمار.

والسادسة: الدهر منكراً.

والسابعة: هل الملائكة أفضل أم الأنبياء؟

=

وفي لفظ: «دباغها ذكاتها»، وفي لفظ: «دباغها طهورها»، وفي لفظ: «ذكاتها دباغها»، وفي لفظ: «ذكاة الأديم دباغه»، وإسناده صحيح.

والثامنة: أطفال المشركين هل يدخلون النار؟ توقف في هذه المسائل لغاية ورعه.

وأما الدجاج: فإنها لم تكره، وإن تناولت النجاسة؛ لأنه لا ينتن كما تنتن الإبل، فإذا أريد ذبح الجلالة حبست ثلاثة أيام أو نحوها وتعلف.

وهل تحبس الدجاجة إذا أريد ذبحها؟

قال أبو يوسف: لا، وروي أنها تحبس ثلاثة أيام؛ لأن النبي عليه السلام كان يحبس الدجاج ثلاثاً، ثم يأكله.

قلنا: هذا على طريق التنزه لا على الوجوب، ولو ارتضع جدي بلبن كلبة، أو خنزيرة، حتى كبر لا يكره أكله؛ لأن لحمه لا يتغير بذلك.

قوله: (وَلاَ يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْمَاءِ إِلاَّ السَّمَكَ وَيُكْرَهُ أَكْلُ الطَّافِي مِنْهُ) أي من السمك. وأما ما تلف من شدة الحر، أو البرد ففيه روايتان:

إحداهما: يؤكل؛ لأنه مات بسبب حادث، وهو كما لو ألقاه الماء على الشط.

والثانية: لا يؤكل؛ لأنه مات حتف أنفه، ولو أن سمكة ابتلعت سمكة أكلتا جميعاً؛ لأن المبلوعة ماتت بسبب حادث. وأما إذا خرجت من دبر السمك لا تؤكل؛ لأنها قد استحالت عذرة.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ بِأَكْلِ الْجِرِّيثِ وَالْمَارْمَاهِيِّ)؛ لأنهما من أنواع السمك، فالجريث البكاس والمارماهي العربي.

وقيل: القذر.

قوله: (وَيَجُوزُ أَكْلُ الْجَرَادِ وَلاَ ذَكَاةَ لَهُ) لقوله عليه السلام: «أحلت لنا ميتتان ودمان فالميتتان السمك، والجراد، والدمان الكبد، والطحال»[1].

وقد روي عن أبي داود قال: «غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات نأكل الجراد»[2].

وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل، وفيه الميت فقال: كله كله،

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (212/2): حديث: «أحلت لنا ميتتان ودمان. أما الميتتان: فالسمك والجراد، وأما الدمان: فالكبد والطحال» ابن ماجه وأحمد والشافعي وعبد بن حميد والدارقطني وابن عدي وابن مردويه من طريق زيد بن أسلم عن ابن عمر، وإسناده ضعيف، وقيل: عن زيد بن أسلم عن أبي سعيد، أخرجه الخطيب.

(2) أخرجه مسلم في كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، والترمذي في كتاب الأطعمة عن رسول الله، والنسائي في كتاب الصيد والذبائح، والدارمي في كتاب الصيد.

وهذا عد من فصاحته، ودل على إباحته.

مسألة: كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الذبيحة سبعة أشياء:

1 - الذكر.

2- والأنثيين.

3- والقبل.

4- والغدد.

5- والمرارة.

6- والمثانة.

7- والدم.

وزاد في الينابيع: الدبر.

قال أبو حنيفة: أما الدم، فحرام بالنص، وأما الستة الباقية فمكروهة؛ لأن النفس تستخبثها وتكرهها، والله أعلم.

كتاب الأضحية

الأضحية[1]: إراقة الدم من النعم دون سائر الحيوان. والدليل على أنها الإراقة أنه لو تصدق بعين الحيوان لم يجز، والصدقة بلحمها بعد الذبح مستحب، وليس بواجب، حتى لو لم يتصدق به جاز.

قال في الواقعات: شراء الأضحية بعشرة دراهم خير من التصدق بألف درهم؛ لأن القربة التي تحصل بإراقة الدم لا تحصل بالصدقة.

قوله رحمه الله: (الأُضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ) أي التضحية؛ لأن الوجوب من صفات الفعل إلا أن الشيخ قال ذلك: توسعة ومجازاً. ويعني بقوله: واجبة عملاً لا اعتقاداً، حتى لا يكفر جاحدها.

وعن أبي يوسف: أنها سنة مؤكدة، وبه قال الشافعي.

وذكر الطحاوي قول محمد مع أبي يوسف.

قوله: (عَلَى كُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ فِي يَوْمِ الأَضْحَى) شُرِطَ الحرية؛ لأن العبد لا يملك شيئاً.

وشُرِطَ الإسلام؛ لأنها عبادة، والكافر ليس من أهلها.

وشُرِطَ الإقامة؛ لأنها لو وجبت على المسافر لتشاغل بها عن سفره، ولأنه قد سقط عنه ما هو آكد من ذلك كالجمعة وبعض الفرض، حتى لا يتشاغل عن سفره.

وتجب على أهل الأمصار، والقرى، والبراري. ويشترط في وجوبها اليسار؛ لأنها

---

(1) وفيها لغات؛

1- ضم الهمزة في الأكثر، وهي في تقدير أُفْعُولة،

2- وكسرها إتْبَاعاً لكسرة الحاء، والجمع أضاحيُّ،

3- والثالثة: ضَحِيَّة، والجمع ضَحَايَا، مثل عَطِيَّة، وعَطَايَا،

4-والرابعة: أَضْحَاة بفتح الهمزة، والجمع أَضْحَى، مثل أَرْطَاة وأَرْطَى، منه عيد الأَضْحَى كذا في المصباح. الأضحية لغة: اسم لما يذبح وقت الضحى، ثم كثر حتى صار اسماً لما يذبح في أي وقت كان من أيام الأضحى، من تسمية الشيء باسم وقته.

وشرعاً: ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص بنية القُرْبَةِ.

وهي واجبة، قال في التصحيح: هذا قول أبي حنيفة، ومحمد، والحسن، وزفر، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وعنه أنها سنة، وذكر الطحاوي أنه على قول أبي حنيفة واجبة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف، وعلى قول أبي حنيفة اعتمد المصححون كالمحبوبي والنسفي وغيرهما.

انظر: اللباب في شرح الكتاب (3/98).

حق في مال يجب على وجه القربة كالزكاة.

واحترز بقوله: «على وجه القربة»: عن النفقة.

واشترط يوم الأضحى؛ لأن اليوم مضاف إليها.

وأيام الأضحى ثلاثة: يوم النحر، ويومان بعده، وأولها: أفضلها.

والمستحب: ذبحها بالنهار دون الليل؛ لأنه أمكن لاستيفاء العروق، وإن ذبحها بالليل أجزأه مع الكراهة.

ولا تجب على الحاج المسافر.

فأما أهل مكة، فإنها تجب عليهم، وإن حجوا.

وفي الخجندي: لا تجب على الحاج إذا كان محرماً، وإن كان من أهل مكة. وأما العتيرة فهي منسوخة، وهي شاة كانت تقام في رجب.

قوله: (عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ) اعتباراً بالفطرة هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وفي ظاهر الرواية: لا تجب إلا عن نفسه خاصة بخلاف صدقة الفطر؛ لأن السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه، وهذه قربة محضة.

والأصل في القرب: أن لا تجب على الغير بسبب الغير، ولهذا قالوا: لا يجب أن يضحي عن عبده بالإجماع، وإن كان يجب عليه فطرته، فإن كان للصغير مال ضحى عنه أبوه، أو وصيه من مال الصغير عندهما.

وقال محمد وزفر: يضحي عنه أبوه من مال نفسه لا من مال الصغير، وهذا كله على رواية الحسن. والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر.

وقيل: لا يجوز التضحية من مال الصغير إجماعاً؛ لأن القربة تتأدى بالإراقة. والصدقة بعدها تطوع، فلا يجوز ذلك في مال الصغير، ولا يمكن الصغير أن يأكله كله، والأصح أنه يضحى عنه من ماله، ويأكل منه الصغير ما أمكنه، ويدخر له قدر حاجته ويبتاع له بما بقي ما ينتفع بعينه كما يجوز أن ينتفع البالغ بجلد الأضحية.

وقال في شاهان: يشتري له به ما يؤكل كالحنطة، والخبز وغيره.

وقال في الينابيع: ولو كان المجنون موسراً ضحى عنه وليه من ماله في الرواية المشهورة.

وروي أنه لا تجب الأضحية في مال المجنون، ولا تجب عليه أن يضحي عن أولاده الكبار؛ لأنه لا ولاية له عليهم. وأما ابن ابنه الصغير، فروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يضحي عنه إذا كان أبوه ميتاً وإن كان حيّاً، لا تجب عليه؛ لأنه لا ولاية للجد عليه

كالأخ، وإن ولد للرجل ولد وهو موسر في أيام الذبح.

قال الحسن عن أبي حنيفة: يجب عليه أن يذبح عنه ما لم تمض أيام الذبح؛ لأنه حدث في وقت الوجوب، وإن مات ابن له صغير في أيام النحر قبل أن يذبح عنه، فليس عليه أن يضحي عنه؛ لأن العبادات المؤقتة تجب عندنا بآخر وقتها. فمن مات قبل الوجوب لم يثبت في حقه.

وقد قال أبو حنيفة: ليس على المسافر أن يذبح عن نفسه، وعليه أن يذبح عن أولاده إذا كانوا مقيمين، فإن كانوا مسافرين معه لم يضح عنهم، كذا في الكرخي. وإن كان مقيماً وأولاده مسافرين ضحى عن نفسه خاصة، ومن مات في وسط أيام النحر، فلا أضحية عليه سواء كان بالغاً أو صبياً.

قوله: (يَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةً) شُرِطَ الذبح حتى لو تصدق بها حية في أيام النحر لا يجوز؛ لأن الأضحية الإراقة.

قوله: (أَوْ يَذْبَحُ بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً عَنْ سَبْعَةٍ) والبدنة، والبقرة تجزئ كل واحدة منهما عن سبعة إذا كانوا كلهم يريدون بها وجه الله تعالى. وإن اختلفت وجوه القرب بأن يريد أحدهم الهدي، والآخر جزاء الصيد، والآخر هدي المتعة، والآخر الأضحية، والآخر التطوع؟

وقال زفر: لا يجوز إلا إذا اتفقت القرب كلها، وإن كان أحدهم يريد بنصيبه اللحم، فإنه لا يجزئ عن الكل إجماعاً. وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع، فإنه لا يجوز عن الكل أيضاً لانعدام وصف القربة في البعض، وكذا يجوز عن خمسة، أو ستة، أو ثلاثة، ولا يجوز عن ثمانية.

وقال مالك: يجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة، ولا يجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل من سبعة. ثم إذا جازت الشركة فالقسمة للحم بالوزن، فإن اقتسموا أجزاء لم يجز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع، والجلد اعتباراً بالبيع، وإن اشترك سبعة في بدنة، فمات أحدهم قبل الذبح فرضي ورثته أن يذبح عن الميت جاز استحساناً.

وقال زفر: لا يجوز؛ لأن الميت قد سقط عنه الذبح، وفعل الوارث لا يقوم مقام فعله، فصار نصيبه اللحم فلم يجز.

ولنا: أن الوارث يملك أن يتقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يحج عنه ويتصدق عنه، فصار نصيب الميت للقربة، فيجوز عن الباقين، فإن كان أحدهم ذمياً أراد القربة لم يجز عنه ولا عن غيره؛ لأنه لا قربة له، فصار كمن يريد بنصيبه اللحم.

قوله: (وَلَيْسَ عَلَى الْفَقِيرِ، وَالْمُسَافِرِ أُضْحِيَّةٌ) أما الفقير فظاهر، وأما المسافر فلما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «ليس على المسافر جمعة ولا أضحية»[1].

قوله: (وَوَقْتُ الأُضْحِيَّةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ) فلو جاء من يوم النحر وله مائتا درهم أو أكثر فسرقت منه، أو هلكت، أو نقص عددها، فلا أضحية عليه. ولو جاء يوم الأضحى ولا مال له، ثم استفاد مائتين في أيام النحر، فعليه الأضحية إذا لم يكن عليه دين.

قوله: (إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ لأَهْلِ الأَمْصَارِ الذَّبْحُ حَتَّى يُصَلِّي الإِمَامُ صَلاَةَ الْعِيدِ) لقوله عليه السلام: «إن أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح»[2]، وقال عليه السلام: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين»[3]. وإن أخر الإمام الصلاة فليس له أن يذبح حتى ينتصف النهار، وكذا إذا ترك الصلاة متعمداً حتى انتصف النهار، فقد حل الذبح من غير صلاة في الأيام كلها، فإن ذبح بعدما قعد الإمام مقدار التشهد جاز. ولو ذبح بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصلي أهل الجبانة أجزاه استحساناً؛ لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأهم وكذا على عكسه.

وقيل في عكسه يجزيه قياساً لا استحساناً، وإن ذبح بعد ما صلى الإمام، ثم علم أنه صلى بهم وهو محدث أجزاه.

ويعتبر في الذبح مكان الأضحية لا مكان الرجل، وإن كان الرجل في المصر،

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (211/4): وعن علي رضي الله عنه: «ليس على المسافر جمعة ولا أضحية»، قلت: غريب وجهل من قال: إنه تقدم في الجمعة، والذي تقدم في الجمعة إنما حديث علي مرفوعاً: لا جمعة ولا تشريق ولا أضحى ولا فطر إلا في مصر جامع، لم يتقدم غيره.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (215/2): حديث: «إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة، ثم الأضحية» هو في الذي قبله بالمعنى، ولفظه: «أن أول ما نبدأ به في يومنا أن نصلي ثم نرجع فننحر».

وفي الباب: عن جندب: «أنه صلى مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم أضحى قال: فانصرف، فإذا هو باللحم وذبائح الأضحى، فعرف أنها ذبحت قبل أن يصلي، فقال صلى الله عليه وسلم: «من كان ذبح قبل أن يصلي فليذبح مكانها أخرى» الحديث، متفق عليه. ولمسلم عن جابر نحوه.

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (215/2): حديث: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه، وأصاب سنة المسلمين» متفق عليه من حديث البراء بن عازب، قال ضحى خالي أبو بردة قبل الصلاة، الحديث.

والشاة في السواد فذبحوا عنه بعد طلوع الفجر بأمره جاز، وإن كان في السواد، والشاة في المصر لا يجوز الذبح إلا بعد صلاة العيد.

وحيلة المصري: إذا أراد أن يتعجل، فإنه يبعث بها إلى خارج المصر، فيضحي بها بعد طلوع الفجر.

قال في الهداية: وهذا؛ لأنها تشبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب، فيعتبر في القرب مكان الفعل لا مكان الفاعل اعتباراً بها بخلاف صدقة الفطر؛ لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر، وإن كان الرجل من أهل السواد مسكنه فيه دخل المصر لصلاة الأضحى، وأمرهم أن يضحوا عنه جاز أن يذبحوا عنه بطلوع الفجر؛ لأن المعتبر مكان الفعل دون مكان المفعول عنه، وإن صلى الإمام ولم يخطب أجزأه من ذبح؛ لأن خطبة العيد ليست بواجبة.

قوله: (فَأَمَّا أَهْلُ السَّوَادِ فَيَذْبَحُونَ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ)؛ لأن صلاة العيد ليست بواجبة عليهم، ولا يجوز لهم أن يذبحوا قبل طلوع الفجر؛ لأن وقت الذبح لا يدخل إلا بطلوع الفجر.

قوله: (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ يَوْمُ النَّحْرِ وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ) ولو عقل أضحية حتى مضت أيام النحر، أو ضاعت فأصابها بعد أيام النحر، فليس عليه أن يذبحها، ولكن يتصدق بها، ولا يترك منها شيئاً، وإن اشترى شاة للأضحية فضلت فاشترى غيرها، ثم وجد الأولى فالأفضل أن يذبح الكل، وإن ذبح الأولى لا غير أجزأه سواء كانت قيمة الأولى أكثر من قيمة الثانية، أو أقل وإن ذبح الثانية لا غير إن كانت مثل الأولى، أو أفضل جاز وإن كانت دونها يضمن الزيادة ويتصدق بها، ولا يلزمه أن يذبحهما جميعاً سواء كان معسراً أو موسراً.

وقال بعض أصحابنا: إن كان موسراً فكذلك، وإن كان معسراً يلزمه ذبح الكل؛ لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء، فلم يتعين له وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت عليه وكذا إذا اشترى شاة سليمة، ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنيّاً عليه غيرها، وإن كان فقيراً تجزيه هذه لما ذكرنا أن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء، وعلى هذا قالوا إذا ماتت المشتراة للتضحية، فعلى الموسر مكانها أخرى، ولا شيء على الفقير وإن ولدت الأضحية ولداً ذبحه معها؛ لأن الوجوب تعين فيها فيسري إلى ولدها.

ومن أصحابنا من قال: هذا في الأضحية الواجبة؛ لأن الوجوب تعين فيها بالشراء

وأما الشاة التي اشتراها الموسر ليضحي بها إذا ولدت لم يتبعها ولدها. وكان أصحابنا يقولون: لا يجب ذبح الولد، ولو تصدق به جاز؛ لأن الحق لم يسر إليه، ولكنه متعلق بها فهو كجلدها وخطامها، وإن باعه أو أكله تصدق بقيمته في الأكل وبثمنه في البيع، وإن أمسك الولد حتى مضت أيام الذبح تصدق به.

قال في الخجندي: إذا ولدت الأضحية فذبح الولد يوم الأضحى بعد الأم أجزأه، ويكون حكمه كحكم أمه، وإن ذبحه قبل ذبحها لا يحل أكله ويتصدق به.

قوله: (**وَلاَ يُضَحَّى بِالْعَمْيَاءِ وَلاَ الْعَوْرَاءِ وَلاَ الْعَرْجَاءِ الَّتِي لاَ تَمْشِي إِلَى الْمَنْسَكِ**) وهو المذبح (**وَلاَ بِالْعَجْفَاءِ**) لقوله عليه السلام: «لا يجزئ في الضحايا أربع العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي»[(1)]، أي لا نقي لها وهو المخ لشدة الهزال،

قوله: (**وَلاَ يَجُوزُ مَقْطُوعَةُ الأُذُنِ أَوْ الذَّنَبِ**) قال عليه السلام: «استشرفوا العين، والأذن»[(2)]، أي اطلبوا سلامتهما. وأما الذنب، فهو عضو مقصود كالأذن.

قوله: (**وَلاَ الَّتِي ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنِهَا أَوْ ذَنَبِهَا فَإِنْ بَقِيَ أَكْثَرُ الأُذُنِ أَوْ الذَّنَبِ جَازَ**) وكذا حكم الألية.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في ذلك؟

فروي عنه: أنه إن كان الذاهب من الأذن، أو الذنب الثلث فما دونه أجزاه، وإن كان أكثر من الثلث لم يجزه، فجعل الثلث في حد القليل؛ لأنه تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة.

وروي عنه إن كان الذاهب الثلث لم يجز، وإن كان أقل جاز، فجعل الثلث في حد

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/215-216): حديث: «لا المساجد في الضحايا أربعة: العوراء البين عورها» الحديث، الأربعة وأحمد والحاكم كلهم من رواية عبيد بن فيروز، عن البراء، ووقع في رواية أبي داود: الكسير، بدل العجفاء. وأخرجه الحاكم من رواية أبي سلمة عن البراء، وادعى أن مسلماً أخرجه من رواية عبيد بن فيروز المذكورة فلم يصب، ورواية أبي سلمة فيها أيوب ابن سويد، وهو ضعيف.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/215-216): حديث: «استشرفوا العين والأذن» الطبراني من حديث حذيفة بهذا. وقال في الأوسط: لا يروى عن حذيفة إلا بهذا الإسناد. وأخرجه البزار بلفظ: «أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن»، قال: وقد روي هذا عن علي، من غير وجه، انتهى وحديث علي أخرجه الأربعة وابن حبان والحاكم باللفظ الثاني.

الكثير لقوله عليه السلام: «والثلث كثير»[1].

وروي عنه إن كان الذاهب الربع لم يجز؛ لأن الربع في حكم الكل في كثير من الأحكام. ألا ترى أنهم قدروا به مسح الرأس ووجوب الدم في الحلق.

وعند أبي يوسف: إذا بقي أكثر من النصف أجزأه، وإن ذهب أكثر منه لم يجزه، وإن كان الذاهب النصف ففيه روايتان:

إحداهما: لا يجوز لاجتماع الحظر، والإباحة فغلب الحظر.

وفي الثانية: يجوز.

وقول محمد قيل: مع أبي حنيفة، وفي الهداية مع أبي يوسف.

والأظهر عند أبي حنيفة: أن الثلث في حد القليل، وما زاد عليه في حد الكثير.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يُضَحَّى بِالْجَمَّاءِ) وهي التي لا قرن لها خلقة، وتسمى الجلحاء أيضاً، وكذلك القضماء، وهي التي انكسر غلاف قرنها.

قوله: (وَالْخَصِيِّ)؛ لأنه أطيب لحماً من غير الخصي.

قال أبو حنيفة: ما زاد في لحمه أنفع مما ذهب من خصيته.

قوله: (وَالثَّوْلَاءِ) وهي المجنونة؛ لأن العقل غير مقصود في البهائم، وهذا إذا كانت تعتلف. أما إذا كانت لا تعتلف لا يجزيه.

وأما الصكاء: وهي التي لا أذن لها خلقة لا يجوز أن يضحى بها؛ لأنه فات بالأذن حق الفقراء. وأما إذا كانت لها أذن صغيرة خلقة جاز؛ لأن العضو موجود وصغره غير مانع.

وأما الجرباء: إن كانت سمينة جاز؛ لأن الجرب، إنما هو في الجلد ولا نقصان في اللحم.

وأما الهتماء: وهي التي لا أسنان لها ففيها روايتان عن أبي يوسف:

إحداهما: اعتبرها بالأذن، فقال: إن بقي أكثرها أجزأت وإلا فلا.

وفي الرواية الأخرى: إذا بقي لها ما تعتلف به أجزأه؛ لأن المقصود منها الأكل بها.

قوله: (وَالأُضْحِيَّةُ مِنْ الإِبِلِ، وَالْبَقَرِ، وَالْغَنَمِ) ولا يجوز فيها شيء من الوحش،

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (289/2): حديث: قال صلى الله عليه وسلم في حديث سعد: «الثلث والثلث كثير» بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف، متفق عليه من حديث سعد، وفيه: أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا، قال: فبالثلثين؟ قال: لا، قال: فبالنصف؟ قال: لا، قال: فبالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير».

فإن كان متولداً من الأهلي، والوحشي فإن المعتبر في ذلك الأم؛ لأنها هي الأصل في التبعية حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد، وكذا إذا كانت البقرة أهلية نزا عليها ثور وحشي، فإن كان على العكس لم يجز أن يضحى بالولد.

قوله: (يُجْزِئُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ الثَّنِيُّ فَصَاعِدًا إِلاَّ الضَّأْنُ فَإِنَّ الْجَذَعَ مِنْهُ يُجْزِئُ) يعني إذا كان عظيما بحيث إذا خلط بالثنايا يشتبه على الناظر من بعيد، فالجذع من الضأن ما تم له ستة أشهر.

وقيل: سبعة.

والثني منها ومن المعز ما له سنة، وطعن في الثانية.

ومن البقر ما له سنتان وطعن في الثالثة.

ومن الإبل ما له خمس سنين وطعن في السادسة.

ويدخل في البقر الجواميس؛ لأنها من جنسها.

والذكر من الضأن أفضل من الأنثى إذا استويا.

والأنثى من البقر أفضل من الذكر إذا استويا.

قوله: (وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِ الأُضْحِيَّةِ) قال الله تعالى: ﴿ فَكُلُوا۟ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُوا۟ ٱلۡبَآئِسَ ٱلۡفَقِيرَ ﴾[1]، البائس الذي أصابه ضرر الجوع وتبين عليه أثر البؤس بأن يمد يده إليك.

وقيل: هو الزمن المحتاج.

قوله: (وَيَدَّخِرُ) لقوله عليه السلام: «فكلوا منها وادخروا»[2].

قال الخجندي: الأفضل أن يتصدق منها بالثلث، ويدخر الثلث ضيافة للأقارب،

---

(1) سورة الحج: 28.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (217/2): حديث: «كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي، فكلوا منها وادخروا»، مسلم من حديث بريدة. وأخرجه من حديث جابر بلفظ: «أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث»، ثم قال بعد: «كلوا وتزودوا وادخروا»، ومن حديث أبي سعيد بمعناه. ومن حديث عائشة أنهم قالوا: يا رسول الله، إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويحملون فيها الودك، وقد نهيت أن يؤكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث، فقال صلى الله عليه وسلم: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت فكلوا وادخروا وتصدقوا».

وأخرجه البخاري من حديث سلمة بن الأكوع بهذا المعنى، ولفظه: «فإن ذلك العام كان بالناس جهد، فأردت أن تعينوا فيها». ولأبي داود من حديث نبيشة بلفظ: «إنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث، لكي تسعكم، جاء الله بالسعة، فكلوا وادخروا وانتحروا، ألا وإن هذه الأيام أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل».

والثلث لنفسه وإن لم يتصدق بشيء منها جاز.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لاَ يُنْقِصَ الصَّدَقَةَ مِنْ الثُّلُثِ) لقوله تعالى فيها: ﴿ وَأَطْعِمُوا ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ ﴾[1].

فالقانع: هو الذي يسأل.

والمعتر: هو الذي يتعرض ويريك نفسه ولا يسألك.

وقال عليه السلام: «كلوا منها أو ادخروا»[2]، فصارت الجهات ثلاثاً:

1 - الأكل.

2- والإطعام.

3- والادخار.

فإن تصدق بجميعها، فهو أفضل، وإن لم يتصدق بشيء منها أجزأه؛ لأن المراد منها إراقة الدم.

قوله: (وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا)؛ لأنه جزء منها.

قوله: (أَوْ يَعْمَلُ مِنْهُ آلَةً تُسْتَعْمَلُ فِي الْبَيْتِ) كالنطع، والجراب، والغربال، ولا بأس أن يتخذه فَرْواً لنفسه.

وقد روي أن عائشة رضي الله عنها اتخذت جلد أضحيتها سقاء، ولأنه يجوز أن ينتفع بلحمها، فكذا بجلدها. ولا بأس أن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه مثل المنخل، والجراب وغير ذلك ولا يشتري ما يستهلك عينه كالخل، والملح، والأبزار، والحنطة، واللبن وليس له أن يعطيه أجرة جزارها، واللحم في هذا بمنزلة الجلد على الصحيح، فإن باع الجلد، واللحم بالفلوس، أو الدراهم، أو الحنطة تصدق بثمنه؛ لأن القربة انتقلت إلى بدله.

قوله: (وَالأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ يُحْسِنُ الذَّبْحَ)؛ لأنه عبادة، فإذا وليه بنفسه، فهو أفضل. وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفاً وستين، وأعطى الحربة علياً فنحر الباقي. وأما إذا كان لا يحسن الذبح استعان بغيره.

وينبغي له أن يشهدها لقوله عليه السلام لفاطمة: «يا فاطمة بنت محمد قومي،

---

(1) سورة الحج: 36.

(2) تقدم تخريجه قريباً.

فاشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملتيه، وقولي: ﴿ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ۝ لَا شَرِيكَ لَهُ ﴾[1]. أما إنه يجاء بلحمها ودمها، فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفاً. فقال أبو سعيد الخدري: يا نبي الله هذا لآل محمد خاصة أم لهم وللمسلمين عامة؟ فقال: لآل محمد خاصة، وللمسلمين عامة»[2].

قوله: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا الْكِتَابِيُّ)؛ لأنها قربة، وهو ليس من أهلها، فإن ذبحها المسلم بأمره أجزاه، ويكره.

قوله: (وَإِذَا غَلِطَ رَجُلَانِ فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَّةَ الآخَرِ أَجْزَأَ عَنْهُمَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا)؛ لأنهما قد تعينتا للذبح، فصار المالك مستعيناً بكل من كان أهلاً للذبح إذناً له دلالة.

وقال زفر: يضمن، ولا يجوز عن الأضحية؛ لأنه ذبح شاة غيره بغير أمره، ثم عندنا إذا ذبح كل واحد منهما شاة غيره بغير أمره أخذ كل واحد منهما مسلوخته من صاحبه ولا يضمنه؛ لأنه وكيله دلالة، فإن كانا قد أكلا منها، فليحالل كل واحد منهما صاحبه، ويجزيهما.

وإن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجازت عن الأضحية؛ لأنه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما إذا أودع شاة، فضحى بها المودع، فإنه لا يجزيه؛ لأنه يضمنها بالذبح، فلم يثبت الملك إلا بعد الذبح.

وعند زفر: لا يجوز في الوجهين، والله أعلم.

---

(1) سورة الأنعام: 162-163.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (289/2): حديث: قال النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة: «قومي فاشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب» إسحاق والطبراني والحاكم والبيهقي من حديث عمران بن حصين به، وأتم منه. وأخرجه البزار والحاكم من حديث أبي سعد بنحوه. وأخرجه سليم الرازي في الترغيب من حديث علي بإسناد واه. ففي حديث عمران: أبو حمزة الثمالي متروك، وفي حديث أبي سعيد: عطية ضعيف، وفي حديث علي: عمرو بن خالد واه.

كتاب الأيمان

الأيمان جمع يمين.

واليمين في اللغة: هي القوة، قال الله تعالى: ﴿ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴾ [1]، أي القوة ومنه قول الشاعر:

إذا ما راية رفعت لمجد　　　تلقاها عرابة باليمين

أي بالقوة، وعرابة: اسم رجل معدود من الصحابة.

وفي الشرع: عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك، وسمي هذا العقد بها؛ لأن العزيمة تتقوى بها.

قوله رحمه الله: (**الأَيْمَانُ عَلَى ثَلاثَةِ أَضْرُب يَمِين غَمُوسٍ وَيَمِينٍ مُنْعَقِدَةٍ وَيَمِين لَغْوٍ فَالْغَمُوسُ هِيَ الْحَلِفُ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الْكَذِبَ فِيهِ**) مثل: أن يحلف على شيء قد فعله ما فعله مع علمه بذلك، أو على شيء لم يفعله لقد فعله مع علمه أنه لم يفعله، وقد يقع على الحال أيضاً، ولا يختص بالماضي، مثل أن يقول: والله ما لهذا علي دين وهو كاذب، أو يدعى عليه حق، فيحلف بالله ما يستحقه علي مع علمه باستحقاقه، فهذه كلها يمين الغموس؛ لأنه يقطع بها حق المسلم، والتجري على الله تعالى، وسميت غموساً؛ لأنها تغمس صاحبها في النار.

قوله: (**فَهَذَا الْيَمِينُ يَأْثَمُ بِهَا صَاحِبُهَا**) لقوله عليه السلام: «من حلف بالله كاذبا أدخله الله النار».

قوله: (**وَلاَ كَفَّارَةَ لَهَا إلاَّ الاسْتِغْفَارُ**) يعني مع التوبة لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً أُوْلَـٰٓئِكَ لَا خَلَـٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ ﴾ [2] الآية، ولم يذكر الكفارة.

وقال عليه السلام: «ثلاث من الكبائر: اليمين الغموس، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف» [3]؛ ولأنها كبيرة من الكبائر، فلا يؤثر فيها الكفارة؛ لأن الله تعالى أوجب الكفارة في اليمين المنعقدة، والعقد ما تصور فيه الحل والعقد، وذلك لا يتصور في الغموس؛ لأنه لا يصح البقاء على عقدها؛ لأن المعنى الموجب لحلها، وهو الحنث يقارنها، فلا تنعقد كالبيع الذي يقارنه العتق، والصلاة التي يقارنها الحدث.

---

(1) سورة الحاقة: 45.

(2) سورة آل عمران: 77.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الأيمان والنذور (باب: اليمين الغموس) بلفظ: «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس».

وصورة البيع الذي يقارنه العتق: أن يوكل رجلاً ببيع عبده ويوكل آخر بعتقه، فباع الوكيل، وأعتق الآخر وخرج كلاهما معاً، فإن البيع لا ينعقد.

وقوله: «إلا الاستغفار»: وذلك على ثلاث حالات:

1 - الندم.

2- والإقلاع.

3- والعزم على أن لا يعود.

قوله: (وَالْيَمِينُ الْمُنْعَقِدَةُ هِيَ الْحَلِفُ عَلَى الأَمْرِ الْمُسْتَقْبَلِ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْلاَ يَفْعَلَهُ فَإِذَا حَنِثَ فِي ذَلِكَ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ) ثم المنعقد ثلاثة أقسام:

1 - مرسل.

2- ومؤقت.

3- وفور.

فالمرسل: هو الخالي عن الوقت في الفعل ونفيه، وذلك قد يكون إثباتاً، وقد يكون نفياً.

فالإثبات: والله لأضربن زيداً.

والنفي: لا أضرب زيداً.

ففي الأول مادام الحالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث، وإن هلك أحدهما حنث، وفي الثاني: لا يحنث أبداً. فإن فعل المحلوف عليه مرة واحدة حنث ولزمته الكفارة، ولا تنعقد اليمين ثانياً، والمؤقت مثل: والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم، وفيه ماء فهذا لا يحنث ما لم يمض اليوم، فإذا مضى ولم يفعل حنث ولزمته الكفارة، فإن مات قبل مضي اليوم لا يحنث بالإجماع، وإن صب الماء الذي في الكوز قبل مضي اليوم لم يحنث عندهما.

وقال أبو يوسف: يحنث عند مضي اليوم.

وحاصله: أن ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين في الوقت لا يحنث، فإذا فات الوقت وحده والحالف والمحلوف عليه قائمان حنث بالإجماع، فإن مات الحالف والوقت لا يحنث بالإجماع، وإن فات المحلوف عليه، وبقي الوقت والحالف بطلت اليمين عندهما: فلا يحنث.

وقال أبو يوسف: يحنث إذا مضى اليوم؛ لأن الأصل عندهما: أن قيام المحلوف عليه شرط لانعقاد اليمين، ففواته يرفع اليمين.

وعند أبي يوسف: ليس بشرط، وذلك بأن يقول: والله لأشربن الماء الذي في هذا

الكوز، وإذا هو ليس فيه ماء، فإنه لا يحنث عندهما، وعنده: يحنث من ساعته إن كان يعلم أنه بلا ماء فيه حنث بالاتفاق.

وعن أبي حنيفة: لا يحنث علم، أو لم يعلم، وهو قول زفر.

وأما يمين الفور: فهو أن يكون ليمينه سبب، فدلالة الحال توجب قصر يمينه على ذلك السبب، وذلك كل يمين خرجت جواباً لكلام، أو بناء على أمر فتتقيد به بدلالة الحال نحو أن تتهيأ المرأة للخروج، فقال: إن خرجت، فأنت طالق، فقعدت ساعة، ثم خرجت لا تطلق. وكذا لو أراد أن يضرب عبده فقال رجل: إن ضربته فعبدي حر، فمكث ساعة، ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث؛ لأنه يقع على فوره، ولم يوجد شرط حنثه في فوره. وكذا إذا قال له: تغد معي فقال: والله لا أتغدى معك، وإن تغديت فعبدي حر، فلم يتغد معه وذهب إلى بيته وتغدى، فإنه لا يحنث في هذه الوجوه كلها استحساناً.

والقياس: أن يحنث، ولو قال لرجل: إذا فعلت كذا ولم أفعل كذا فعبدي حر.

قال أبو حنيفة: هو على الفور، فإن لم يفعل المحلوف عليه على أثر فعله حنث وإن كان قال: ثم لم أفعل كذا، فهو كذا فهو على الأبد.

وقال أبو يوسف: كلاهما على الفور.

وقال محمد: إذا قال لعبده إن قمت فلم أضربك، فأنت حر أنه على الفور، ولو وهب السكران لامرأته درهماً فقالت: إنك تسترده مني إذا صحوت، فقال: إذا استرددته منك، فأنت طالق، فاسترده منها في ساعته، وهو سكران لم يحنث، ويكون يمينه جواباً لكلامها.

ولو حلف غريمه لا يخرج من البلد إلا بإذنه فقضاه دينه، ثم خرج بغير إذنه لم يحنث، كذا في الينابيع.

قوله: (وَيَمِينُ اللَّغْوِ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَالَ وَالأَمْرُ بِخِلَافِهِ) مثل والله لقد فعلت كذا وهو يظن أنه صادق، أو والله ما فعلت، وهو لا يعلم أنه قد فعل.

وقد يكون على الحال مثل أن يرى شخصاً من بعيد فيحلف أنه زيد، فإذا هو عمرو أو يرى طائراً فيحلف أنه غراب، فإذا هو غيره، أو والله ما أكلت اليوم وقد أكل، فهذا كله لغو لا حنث فيه.

وقيل: إن يمين اللغو: ما يجري على الألسنة من قولهم لا والله، بلى والله من غير اعتقاد في ذلك.

واللغو في اللغة: هو الكلام الساقط الذي لا يعتد به.

قوله: (فَهَذِهِ الْيَمِينُ نَرْجُو أَنْ لاَ يُؤَاخِذَ اللَّهُ بِهَا صَاحِبَهَا) فإن قيل: قد أخبر الله تعالى أنه لا يؤاخذ بها على القطع، فلم علقه بالرجاء والشك؟

قلنا: الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن اللغو الذي فسرناه لم يعلم قطعاً أنه هو الذي أراده الله أم لا للاختلاف في تفسيره، وعدم العلم بالتوصل إلى حقيقته فلهذا قال: نرجو.

والثاني: أن الرجاء على ضربين:

1 - رجاء طمع.

2- ورجاء تواضع.

فيجوز أن يكون هذا الرجاء تواضعاً لله تعالى.

قال ابن رستم عن محمد: ولا يكون اللغو إلا في اليمين بالله. أما إذا حلف بطلاق، أو عتاق على أمر ماض وهو يظن أنه صادق، فإذا هو كاذب وقع الطلاق والعتاق، وكذا إذا حلف بنذر لزمه ذلك.

قوله: (وَالْعَامِدُ فِي الْيَمِينِ وَالنَّاسِي وَالْمُكْرَهُ سَوَاءٌ) لقوله عليه السلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق واليمين»[1]، وكذلك الخاطئ كما إذا أراد أن يسبح، فجرى على لسانه اليمين، فهو كالعامد.

قوله: (وَمَنْ فَعَلَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا أَوْ مُكْرَهًا فَهُوَ سَوَاءٌ)؛ لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط فإن قيل: الكفارة شرعت لأجل ستر الذنب ولا ذنب للمجنون فينبغي أن لا تجب الكفارة عليه إذا فعل المحلوف عليه حالة الجنون قلنا: الحكم وهو وجوب الكفارة

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/90-91): حديث: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، واليمين» لم أجده هكذا. ووقع عند الغزالي: العتاق، عوض اليمين، ولم أجده أيضاً، وإنما الذي في الحديث: «الرجعة بدل اليمين والعتق»، وأخرجه أصحاب السنن إلا النسائي، وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة، نعم أخرج الحارث في مسنده من حديث عبادة بن الصامت، رفعه: «لا يجوز اللعب في ثلاث: الطلاق، والنكاح، والعتاق، فمن قالها فقد وجبن». ولابن عدي في الكامل عن أبي هريرة رفعه: «ثلاث ليس فيهن لعب: من تكلم بشيء منهن فقد وجب عليه: الطلاق، والعتاق، والنكاح»، وفي إسناده غالب بن عبد الله، وهو متروك. ولعبد الرزاق أيضاً، عن أبي ذر رفعه: «من طلق وهو لاعب، فطلاقه جائز، ومن نكح ومن اعتق» ولعبد الرزاق أيضاً، عن عمر وعلي قالا: «ثلاث لا لعب فيهن: النكاح، والطلاق، والعتاق» موقوف. وزاد في رواية عنهما: «والنذر».

دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء فإنه دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى أنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلا بأن اشترى جارية بكرا أو اشتراها من امرأة.

{مطلب فيما يكون يميناً وما لا يكون يميناً}

قوله: (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ بِاسْمٍ مِنْ أَسْمَائِهِ كَالرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)؛ لأن تعظيم اسم الله تعالى واجب.

ومن أصحابنا من قال: أسماء الله على ضربين:

1 - منها: ما لا اشتراك فيه مثل: الله والرحمن، فالحلف ينعقد به بكل حال.

2- ومنها: ما هو مشترك مثل: الكبير، والعزيز، والقادر، فإن أراد به اليمين كان يميناً، وإن لم يرد به اليمين لم يكن يميناً. وذكر أبو الحسن القسمين، فجعلهما يميناً، ولم يفصل؛ لأن الظاهر أن الحالف قصد يميناً صحيحة.

قوله: (أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ ذَاتِهِ كَقَوْلِهِ وَعِزَّةِ اللَّهِ وَجَلاَلِهِ وَكِبْرِيَائِهِ) اعلم أن صفات الله على ضربين:

1 - صفات الذات.

2- وصفات الفعل.

فما كان من صفات ذاته كان به حالفاً، وما كان من صفات فعله لا يكون به حالفاً.

والفرق بينهما: أن كل ما وصف الله به ولم يجز أن يوصف بضده، فهو من صفات ذاته كالعلم، والقدرة، والقوة، وما جاز أن يوصف به وبضده، فهو من صفات فعله، كرحمته، وغضبه، فإذا ثبت هذا قلنا: من حلف بقدرة الله، أو بعظمته، أو بعزته، أو بقوته، أو ما أشبه ذلك من صفات ذاته كان به حالفاً كالحالف باسمه تعالى، وإذا قال: وقدرة الله صار كأنه قال: والله القادر.

قوله: (إِلاَّ قَوْلَهُ وَعِلْمِ اللَّهِ فَإِنَّهُ لاَ يَكُونُ يَمِينًا) وكان القياس فيه أن يكون يميناً؛ لأنه من صفات ذاته، إلا أنهم استحسنوا أن لا يكون يميناً؛ لأن العلم قد يراد إذنه المعلوم، يقال: اللهم اغفر لنا علمك فينا، أي معلومك ومعلوم الله غيره، فلا يكون يميناً. قالوا: إلا أن يريد به العلم الذي هو الصفة، فإنه يكون يميناً لزوال الاحتمال، وإن قال: ووجه الله

فهو يمين؛ لأن الوجه يراد به الذات، قال الله تعالى: ﴿ وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ ﴾ (1).

قال الخجندي: إذا قال: وحق الله ووجه الله لا يكون يميناً فيهما عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يكون يميناً فيهما.

وقال محمد: في قوله وحق الله: لا يكون يميناً؛ لأن حقه على عباده طاعته، ولم يرو عنه في وجه الله شيء.

وروى الكرخي عن أبي حنيفة في وجه الله: يكون يميناً.

ولو قال: لا إله إلا الله لأفعلن كذا لا يكون يميناً إلا أن ينويها، وكذا سبحان الله، والله أكبر لأفعلن، وكذا بسم الله إذا عنى به اليمين كان يميناً.

وعن محمد: أن بسم الله يمين على كل حال لوجود حرف القسم.

ولو قال: وملكوت الله، وجبروت الله، فهو يمين؛ لأنه من صفات الذات، وإن قال: لله علي أن لا أكلم فلاناً، فليس بيمين إلا أن ينويها، فإن نوى بها اليمين، ثم كلمه حنث، وعليه الكفارة.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ الْفِعْلِ كَغَضَبِ اللَّهِ وَسَخَطِهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا)؛ لأن الغضب والسخط هو العقاب والنار، وذلك ليس بيمين، وكذا قوله: ورحمة الله؛ لأن الرحمة يعبر بها عن الجنة، قال الله تعالى: ﴿ فَفِى رَحْمَةِ ٱللَّهِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴾ (2)، وقد يراد بالرحمة أيضاً، وذلك كله لا يكون يميناً.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا كَالنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَالْقُرْآنِ وَالْكَعْبَةِ) أما إذا قال: هو بريء من النبي، أو من القرآن كان حالفاً؛ لأن التبري منهما كفر.

قوله: (وَالْحَلِفُ بِحُرُوفِ الْقَسَمِ وَحُرُوفُهُ الْوَاوُ كَقَوْلِهِ وَاَللَّهِ وَالْبَاءُ كَقَوْلِهِ بِاَللَّهِ وَالتَّاءُ كَقَوْلِهِ تَاللَّهِ) فالباء أعم من الواو والتاء؛ لأنها تدخل على المظهر والمضمر، فتقول: حلفت بالله، وحلفت به.

والواو أعم من التاء؛ لأنها تدخل على جميع أسماء الله وصفاته، والتاء مختصة باسم الله تعالى دون سائر أسمائه، تقول: تالله، ولا تقول: تالرحمن.

قوله: (وَقَدْ تُضْمَرُ الْحُرُوفُ فَيَكُونُ حَالِفًا كَقَوْلِهِ اللَّهِ لَأَفْعَلَنَّ كَذَا) ويقال: إذا

(1) سورة الرحمن: 27.

(2) سورة آل عمران: 107.

حذف حرف القسم، فهو على ثلاثة أوجه:

1 - إن سكن حرف الإعراب لا يكون يميناً.

2- وإن كسره يكون يميناً.

3- وإن نصبه اختلفوا فيه؟

والصحيح: يكون يميناً.

وإن قال: والله، أو بالله، أو تالله، فهو يمين سواء نصب، أو كسر، أو سكن؛ لأنه قد أتى بحرف القسم. وإن قال: لله كان يميناً؛ لأن اللام قد تقام مقام الباء، وتبدل منها، قال الله تعالى: ﴿ قَالَ ءَامَنتُمْ لَهُۥ ﴾ (1)، وفي آية أخرى: ﴿ ءَامَنتُم بِهِۦ ﴾ (2)، والمعنى واحد.

قوله: (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِذَا قَالَ: وَحَقُّ اللَّهِ فَلَيْسَ بِحَالِفٍ) وهو قول محمد؛ لأن حق الله على عباده أن يعبدوه، ولا يشركوا به شيئاً، وإذا كان الحق عبارة عن الطاعات والعبادات صار كأنه قال: والعبادات لأفعلن، وذلك لا يكون يميناً.

وعن أبي يوسف: أن قوله: وحق الله يمين؛ لأن الله تعالى يوصف بأنه الحق، فكأنه قال: والله الحق، ولو قال: والحق لأفعلن كذا.

قال ابن أبي مطيع: يكون يميناً؛ لأن الحق هو الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ ﴾ (3)، وقال تعالى: ﴿ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ ٱلْمُبِينُ ﴾ (4).

وقال أبو نصر: لا يكون يميناً؛ لأن الحق يعرف به الحقوق.

وفي الهداية: هو يمين، وإذا قال: حقاً لأفعلن لا يكون يميناً؛ لأن الحق من أسماء الله، والمنكر يراد به تحقيق الوعد.

قوله: (وَإِذَا قَالَ: أُقْسِمُ أَوْ أُقْسِمُ بِاللَّهِ أَوْ أَحْلِفُ أَوْ أَحْلِفُ بِاللَّهِ أَوْ أَشْهَدُ أَوْ أَشْهَدُ بِاللَّهِ فَهُوَ حَالِفٌ)؛ لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف، وهذه الصيغة للحال حقيقة، وتستعمل للاستقبال بقرينة، فيكون حالفاً في الحال، والشهادة يمين قال الله تعالى: ﴿ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ﴾ (5)، ثم قال: ﴿ ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً ﴾ (6)، والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور، فينصرف إليه، ولهذا قيل: لا يحتاج إلى النية.

---

(1) سورة طه: 71.

(1) سورة البقرة: 137.

(3) سورة المؤمنون: 71.

(2) سورة النور: 25.

(5) سورة المنافقون: 1.

(6) سورة المنافقون: 2.

وقيل: لا بد منها لاحتمال العدة، واليمين بغير الله.

وإن قال: آليت لأفعلن كذا، فهو يمين؛ لأن الألية هي اليمين.

قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه إذا ندرت منه الألية برت.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: عَلَيَّ عَهْدُ اللَّهِ وَمِيثَاقُهُ فَهُوَ يَمِينٌ) لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ﴾ [1]، فجعل العهد يميناً.

والميثاق: عبارة عن العهد، وكذا إذا قال: علي ذمة الله، فهو يمين؛ لأنها كالعهد. أما إذا قال: وعهد الله، ولم يقل علي عهد الله.

قال أبو يوسف: هو يمين كما في قوله: وحق الله.

وعندهما: لا يكون يميناً؛ لأن عهد الله هو أمره، قال الله تعالى: ﴿۞ أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ﴾ [2]، وقال: ﴿وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ﴾ [3]، فصار كله قال: وأمر الله، كذا في شرحه.

قوله: (وَعَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذْرُ اللَّهِ عَلَيَّ) لقوله عليه السلام: «من نذر نذراً سماه فعليه الوفاء به ومن نذر نذراً لم يسمه فعليه كفارة يمين»[4]، وكذا إذا قال: علي يمين، أو يمين الله علي، فهو حالف؛ لأنه صرح بإيجاب اليمين على نفسه، واليمين لا يكون إلا بالله تعالى.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: إِنْ فَعَلْت كَذَا فَأَنَا يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ مَجُوسِيٌّ أَوْ كَافِرٌ أَوْ مُشْرِكٌ كَانَ يَمِينًا) حتى إذا حنث في ذلك لزمته كفارة يمين، وكذا إذا قال: هو بريء من القرآن، أو من الإسلام إن فعل كذا، فهو يمين، وكذا إذا قال: هو بريء من هذه القبلة، أو من الصلاة، أو من شهر رمضان، فهو يمين، وهذا كله إذا حلف على المستقبل. أما إذا

(1) سورة النحل: 91.

(2) سورة يس: 60.

(3) سورة طه: 115.

(4) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (91/2): حديث: «من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين»، أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس رفعه بهذا. وللترمذي عن عقبة بن عامر رفعه: «كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين»، وقال: حسن صحيح. وهو عند مسلم دون قوله: «ولم يسم».

وللدارقطني عن عائشة رفعته: «من جعل عليه نذراً فيما لم يسمه، فكفارته كفارة يمين»، وإسناده واهٍ جداً.

حلف على الماضي مثل أن يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو كافر إن كان فعل كذا، وهو يعلم أنه فعله.

قال محمد بن مقاتل: يكفر؛ لأن كلامه خرج مخرج التحقيق، وكتب نصير بن يحيى إلى ابن شجاع يسأله عن ذلك، فقال: لا يكفر؛ لأن الكفر بالاعتقاد، وهو لم يعتقد الكفر، وإنما قصد أن يصدق في مقالته، وهذا هو الصحيح.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: إِنْ فَعَلْت كَذَا فَعَلَيْهِ غَضَبُ اللَّهِ أَوْ سَخَطُهُ فَلَيْسَ بِحَالِفٍ) وكذا إذا قال: فعليه لعنة الله، أو عقابه.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: إِنْ فَعَلْت كَذَا فَأَنَا زَانٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ آكِلُ رِبًا أَوْ مَيْتَةً فَلَيْسَ بِحَالِفٍ)؛ لأنها معصية، ومرتكبها لا يكون كافراً؛ ولأن الميتة قد أبيحت عند الضرورة. وأما إذا قال: إن فعلت كذا، فأنا مستحل للخمر، أو للميتة، أو للربا، فإنه يكون حالفاً؛ لأن معتقد ذلك كافر، فهو كما إذا قال: فأنا يهودي، ومن أدخل بين اسمين حرف عطف كان يمينين مثل: والله والله، أو والله والرحمن، وإن كان بغير عطف مثل: والله الله، أو والله الرحمن، فهو يمين واحد.

قال أبو يوسف: إذا قال: والله لا أكلمك، والله لا أكلمك فهما يمينان.

وعن محمد: إذا قال: هو يهودي إن فعل كذا، وهو نصراني إن فعل كذا، وهو مجوسي إن فعل كذا الشيء واحد فعليه لكل شيء من ذلك يمين. وإن قال: هو يهودي هو نصراني هو مجوسي إن فعل كذا لشيء واحد فعليه لكل شيء من ذلك يمين، وإن قال: هو بريء من الله ورسوله، فهي يمين واحدة، وإن قال: بريء من الله وبريء من رسوله فهما يمينان، وفيهما كفارتان.

قال في الكرخي: اليمين على نية الحالف إذا كان مظلوماً، وإن كان ظالماً فعلى نية المستحلف، قال عليه السلام: «من اقتطع حق مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار، قيل: وإن كان شيئاً يسيراً؟ قال: وإن كان قضيباً من أراك»[1].

قال في الواقعات: أما إذا كانت اليمين بالطلاق، أو العتاق، فعلى نية الحالف سواء كان ظالماً أو مظلوماً.

---

(1) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب الشهادات (باب التشديد في اليمين الفاجرة وما يستحب للإمام من الوعظ فيها) بلفظ: «من اقتطع حق مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة، وأوجب له النار، قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: وإن كان قضيباً من أراك» قالها ثلاثاً.

{مطلب في كفارة اليمين}

قوله: (وَكَفَّارَةُ الْيَمِينِ عِتْقُ رَقَبَةٍ يَجْزِي فِيهَا مَا يَجْزِي فِي الظِّهَارِ) يعني يجزئه عتق الرقبة المؤمنة، والكافرة، والصغيرة، والكبيرة.

فإن قيل: الصغير لا منافع في أعضائه فهو كالزمن؟

قلنا: منافع أعضائه كاملة، وإنما فيها ضعف، فهو كالكبير الضعيف، وإن أعتق حملاً لا يجوز، وإن ولد بعد يوم حيّاً؛ لأنه ناقص الخلق ما لم ينفصل؛ لأنه لا يبصر، فهو كالأعمى، وإن أعتق مدبراً، أو أم ولد لم يجزئه؛ لأن رقهم ناقص بدليل امتناع بيعهم.

وأما المكاتب إن كان قد أدى شيئاً لم يجز وإن كان لم يؤد شيئاً جاز، ويجوز عتق الآبق والأعور ومقطوع إحدى اليدين، أو إحدى الرجلين، أو اليد والرجل من خلاف، ولا يجزيه مقطوع اليدين، أو الرجلين، ولا مقطوع اليد، والرجل من جانب واحد، وكذا لا يجزيه عتق المجنون الذي لا يعقل، فإن كان يجن ويفيق أجزأه، ويجوز الأصم إذا كان بحيث إذا صيح في أذنه يسمع وإلا فلا، ولا يجوز المقعد، ولا يابس الشق، ولا الزمن، ولا أشل اليدين، ولا مقطوع الإبهام، ولا الأعمى، ولا الأخرس، وإن أعتق مباح الدم أجزأه، إلا المرتد، وإن اشترى أباه، أو أمه، أو ابنه ينوي بالشراء العتق عن يمينه أجزأه. ويجوز مقطوع الأذنين والأنف؛ لأن منفعة السمع والشم باقية، وإنما فاتت الزينة، ويجوز مقطوع الذكر؛ لأن عدمه أصلاً لا يمنع الجواز بأن كان أنثى، ويجوز الخنثى والخصي والعنين والرتقاء، ولا يجزئ الذاهب الأسنان، ولا مقطوع الشفتين إذا كان لا يقدر على الأكل، فإن قدر أجزأه.

قوله: (وَإِنْ شَاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَسَاكِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَوْبًا فَمَا زَادَ وَأَدْنَاهُ مَا تَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ) ولا يجزيه العمامة، والقلنسوة، والخفان؛ لأنهما لا يسميان كسوة. وأما السروال فالصحيح: أنه لا يجزئ؛ لأنه لا بد من ثوب يستر عورته وسائر بدنه.

وعن محمد: يجزيه؛ لأن الصلاة تجوز فيه، وهذا كله إذا كسا رجلاً. أما إذا كسا امرأة، فلا بد من أن يزيدها خماراً؛ لأن رأسها عورة، ولا يجوز لها الصلاة مع كشفه.

ولو أعطى عشرة مساكين ثوباً واحداً، وهو يساوي عشرة أثواب لا يجزيه إلا عند أبي طاهر الدباس. فإن كانت قيمته مثل إطعام عشرة مساكين أجزأه عن الإطعام عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يجزيه ما لم ينوه عن الإطعام، كذا في الينابيع. وأما إذا أعطاهم دراهم وهي لا تبلغ قيمة الكسوة، وتبلغ قيمة الطعام، فإنه يجزيه عن الطعام إجماعاً، وإن كان لا تبلغ قيمة الطعام، وتبلغ قيمة الكسوة جاز عن الكسوة، ولو كسا خمسة، وأطعم

خمسة أجزأه.

قوله: (وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ) ويجزئ في الإطعام التمليك والتمكين.

فالتمليك: أن يعطي كل مسكين نصف صاع من بر، أو دقيقه، أو سويقه، أو صاعاً من شعير، أو دقيقه، أو سويقه، أو صاعاً من تمر.

وأما الزبيب فالصحيح أنه كالحنطة يجزئ منه نصف صاع.

وفي رواية: كالشعير، وأما ما عدا هذه الحبوب كالأرز والذرة والدخن، فلا يجزيه إلا على طريق القيمة، أي يخرج منها قيمة نصف صاع من بر، أو قيمة صاع من تمر، أو شعير ولا يعتبر في سائر الحبوب تمام كيله؛ لأن النص لم يتناوله، وإنما المعتبر فيها.

وأما التمكين: فهو أن يغديهم ويعشيهم، فيحصل لهم أكلتان مشبعتان، أو يعشيهم عشاءين، أو يغديهم غداءين، أو يعشيهم ويسحرهم، فإن أطعمهم بغير إدام لا يجزيه إلا في خبز الحنطة لا غير، فإن أطعمهم خبزاً، أو تمراً، أو سويقاً لا غير أجزأه إذا كان ذلك من طعام أهله، وإن أطعم مسكيناً واحداً عشرة أيام غداء وعشاء أجزأه، وإن لم يأكل في كل أكلة إلا رغيفاً واحداً؛ لأن المقصود إشباعه، وإنما يعتبر التقدير في التمليك، وإن غدى عشرة وعشى عشرة غيرهم لم يجزيه، وكذا إذا غدى مسكيناً وعشى غيره عشرة أيام لم يجزيه؛ لأنه فرق طعام العشرة على عشرين، فلم يحصل لكل واحد منهم المقدار المقدر كما إذا فرق حصة المسكين.

ولو غدى مسكيناً وأعطاه قيمة العشاء فلوساً، أو دراهم أجزأه، وكذا إذا فعله في عشرة مساكين، فغداهم وأعطاهم قيمة عشائهم فلوساً، أو دراهم.

قال هشام عن محمد: لو غدى مسكيناً عشرين يوماً، أو عشاه في رمضان عشرين ليلة أجزأه؛ لأن سد الجوعة في أيام لواحد كسد الجوعة في يوم واحد لجماعة كذا في الكرخي.

وإن أعطى مسكيناً واحداً طعام عشرة مساكين في يوم واحد لم يجزه؛ لأن تكرار الدفع مستحق كما إذا رمى الجمرة بسبع حصيات دفعة واحدة لم يجزه إلا عن واحدة كذا هذا.

ولو صام عن كفارة يمينه، وفي ملكه عبده قد نسيه، أو طعام قد نسيه، ثم تذكر بعد ذلك لم يجزه الصوم بالإجماع؛ لأن الله تعالى قيد ذلك بعدم الوجود، وهذا واحد، ولا يجوز صرف الكفارة إلى من لا يجوز دفع زكاته إليه كالوالدين والمولودين وغيرهم إلا أنه يجوز إلى فقراء أهل الذمة عندهما بخلاف الزكاة.

وقال أبو يوسف: لا يجوز صرفها إليهم كالزكاة، ولا يجوز صرفها في كفن الموتى

وبناء المساجد.

قوله: (**فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ الثَّلاثَةِ صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ**) هذه كفارة المعسر، والأولى كفارة الموسر.

وحد اليسار في كفارة اليمين: أن يكون له فضل عن كفاية مقدار ما يكفر عن يمينه، وهذا إذا لم يكن في ملكه عين المنصوص عليه. أما إذا كان في ملكه ذلك لا يجزيه الصوم، وهو أن يكون في ملكه عبد، أو كسوة، أو طعام عشرة مساكين سواء كان عليه دين أم لا. وأما إذا لم يكن ذلك في ملكه حينئذ يعتبر اليسار والإعسار.

قال في شرحه: إذا ملك عبداً، وهو محتاج إليه لم يجزه الصوم، ووجب عليه عتقه؛ لأنه واجد للرقبة، فلا يجزيه الصوم والمعتبر عندنا في اليسار والإعسار بوقت الأداء لا بوقت الوجوب حتى لو كان موسراً وقت الوجوب، ثم أعسر جاز له الصوم. ولو كان معسراً وقت الوجوب، ثم أيسر لا يجوز له الصوم عندنا خلافاً للشافعي.

وقوله: «متتابعات»: التتابع شرط عندنا، حتى لو فرق الصوم لا يجوز.

وعند الشافعي: إن شاء فرق، وإن شاء تابع.

ومن شرط هذا الصوم النية من الليل، فإن شرع فيه، ثم أيسر، فالأفضل أن يتم صوم ذلك اليوم، فإن أفطر لا يجب عليه القضاء عندنا.

وقال زفر: يلزمه القضاء، والمرأة إذا كانت معسرة، فلزوجها منعها من الصوم؛ لأن كل صوم وجب عليها بإيجابها فله منعها منه، وكذلك في العبد إلا إذا ظاهر من امرأته ليس للمولى منعه؛ لأنه تعلق به حق المرأة؛ إذ لا يصل إليها إلا بالكفارة.

قوله: (**فَإِنْ قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الْحِنْثِ لَمْ يَجُزْ**) هذا عندنا.

وقال الشافعي: يجوز إلا إذا كفر بالصوم، فإنه لا يجوز عنده أيضاً.

قوله: (**وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ مِثْلُ أَنْ لاَ يُصَلِّي أَوَّلاً يُكَلِّمَ أَبَاهُ أَوْ لَيَقْتُلَنَّ فُلاَنًا فَيَنْبَغِي أَنْ يُحَنِّثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ**) لقوله عليه السلام: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه»[1]، ولأن فيه تفويت البر إلى

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (2/91-92): حديث: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير، ثم ليكفر عن يمينه» مسلم من حديث أبي هريرة بلفظ: «وليأت الذي هو خير». وأخرجه قاسم بن ثابت في الدلائل بلفظ: «ثم ليكفر عن يمينه»، وفيه قصة. وروى الحاكم عن عائشة قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حلف على يمين لا يحنث حتى نزلت كفارة اليمين، فقال: «لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها، إلا كفرت =

الجابر، وهو الكفارة، ولا جابر للمعصية في ضده.

وحكي أن أبا حنيفة سأل الشعبي عن هذه المسألة فقال: لا كفارة عليه؛ لأن هذه يمين في معصية، فقال: أليس جعل الله الظهار منكراً من القول وزوراً، وأوجب فيه الكفارة؟

فقال له الشعبي: أنت من الأرائيين أي ممن يقول بالرأي.

وقوله: «فينبغي أن يحنث نفسه»: أي يكلم أباه ويصلي ركعتين، ويعزم على ترك القتل، ويكفر عن يمينه، فإن ترك الصلاة ولم يكلم أباه وقتل فلاناً، فهو عاص، وعليه التوبة والاستغفار، وأمره إلى الله، ولا كفارة عليه؛ لأنه لم يباشر المحلوف عليه، وهذا كله إذا كانت اليمين مؤقتة. أما عند الإطلاق، فلا يحنث إلا في آخر جزء من أجزاء حياته.

وأما النذر إذا كان في المباح، أو في المعصية لا يلزمه كما إذا قال: لله علي أن أذهب إلى السوق، أو أعود مريضاً، أو أطلق امرأتي، أو أضرب، أو أشتم، أو غير ذلك، وإن نذر ذبح ولده لزمه ذبح شاة استحساناً عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يلزمه شيء لقوله عليه السلام: «لا نذر في معصية»[1].

ولهما: أن ذبح الولد في الشرع عبارة عن ذبح الشاة بدليل أن الله تعالى أمر إبراهيم

=

عن يميني، ثم أتيت الذي هو خير». وهذا في البخاري عن عائشة قالت: كان أبو بكر فذكره، وهو الصواب. وروى الطبراني من حديث أم سلمة رفعته: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه، ثم ليفعل الذي هو خير». وفي المتفق عليه عن عبد الرحمن ابن سمرة نحوه، ولفظه: «فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك». وأخرجه أبو داود بلفظ: «فكفر عن يمينك، ثم آت الذي هو خير».

واختلف الرواة في حديثي أبي هريرة، وعبد الرحمن بن سمرة، فمنهم من قدم الحنث على الكفارة، ومنهم من قدم الكفارة على الحنث. ورواه مسلم بالوجهين من حديث عدي بن حاتم. وأخرج ابن أبي شيبة، عن ابن عمر وسلمان وأبي الدرداء: أنهم كانوا يكفرون قبل الحنث. ووقع عند مسلم من حديث أبي موسى وعدي بن حاتم بغير ذكر الكفارة.

ولأبي داود، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده رفعه: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها، فليدعها، وليأت هو خير، فإن تركها كفارتها». قال أبو داود: الأحاديث كلها فيها: «وليكفر»، إلا ما لا يعبأ به. قال البيهقي: وفي الباب عن أبي هريرة، ولم يثبت.

(1) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الأيمان والنذور (باب لا نذر في معصية إنما النذر ما ابتغي به وجه الله)، رواه الطبراني في الكبير، وفيه أبو الحويرث ضعفه أحمد وغيره، ووثقه ابن حبان وبقية رجاله ثقات.

عليه السلام حين نذر ذبح ولده أن يفي بنذره، ثم أمره بذبح شاة، وقال: ﴿ قَدْ صَدَّقْتَ ٱلرُّءْيَآ ﴾ [1]، فدل على أن الأمر بالذبح يتناول ما يقوم مقامه، وقد أمر الله بالاقتداء بإبراهيم فقال تعالى: ﴿ وَٱتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ حَنِيفًا ﴾ [2]، وإن نذر ذبح عبده فعندهما: لا يلزمه شيء.

وعند محمد: يلزمه شاة؛ لأنه أملك لعبده من ابنه، وإن نذر ذبح نفسه، فكذا عندهما: لا يلزمه شيء.

وعند محمد: يلزمه شاة؛ لأن ما جاز أن يلزمه عن ابنه جاز أن يلزمه عن نفسه كصدقة الفطر.

فحاصله: أن هذا على ثلاثة أنواع: النذر بذبح ولده، وعبده، ونفسه، فعند محمد: تجب شاة في الثلاثة الأنواع.

وعند أبي يوسف: لا شيء فيها.

وعند أبي حنيفة: يلزمه شاة في الولد خاصة، وولد الابن في هذا بمنزلة الولد. وأما في الأب والجد لا يلزمه شيء إجماعاً.

قال الخجندي: هذا كله إذا لم يرد به تنفيذ اليمين. أما إذا أراد تنفيذ الفعل في اليمين لا يلزمه شيء؛ لأنه نذر في معصية.

قوله: **(وَإِنْ حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنِثَ فِي حَالِ الْكُفْرِ أَوْ بَعْدَ إِسْلَامِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ)**؛ لأنه ليس بأهل لليمين؛ لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى، وهو مع الكفر لا يكون معظماً، ولا هو من أهل الكفارة؛ لأنها عبادة من شرطها النية، فلا تصح منه كالصلاة والصوم. وأما إذا حلف بطلاق، أو عتاق لزمه، وإن آلى من امرأته صح إيلاؤه، حتى لو لم يقربها أربعة أشهر بانت منه عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح إيلاؤه.

قوله: **(وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ إِنْ اسْتَبَاحَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ)** بأن يقول: هذا الطعام علي حرام، أو حرام علي أكله، فإن أكله حنث ولزمته الكفارة وصار كما إذا حرم أمته، أو زوجته.

فإن قيل: قوله: «إن استباحه» يناقض، قوله: «لم يصر محرماً»؛ لأن الاستباحة

---

(1) سورة الصافات: 105.

(2) سورة النساء: 125.

تقتضي الحرمة؟

قلنا: لم يصر محرماً حراماً لعين، والمراد من الاستباحة: أن يعامل معاملة المباح؛ لأن المباح يؤكل، وقد أكله بعد ما حلف، فيكون معاملاً معاملة المباح، لا أن المراد صار حلالاً بعد أن كان حراماً، إذا فعل مما حرمه على نفسه قليلاً أو كثيراً حنث، ووجبت عليه الكفارة، وهو المراد من الاستباحة المذكورة؛ لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام، فإن فيه تفصيلاً إن كان طعاماً ما يقدر على أكله مرة واحدة كالرغيف ونحوه لم يحنث بأكل بعضه، وإن كان لا يستطيع أكله مرة حنث بأكل بعضه.

وذكر في الأصل: إذا حلف لا يأكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة، أو حبتين حنث استحساناً؛ لأن ذلك القدر لا يعتد به، وإن ترك نصفها، أو ثلثها لم يحنث؛ لأنه ليس بآكل لجميعها.

ولو حلف لا يبيع لحم هذا الجزور أوَّلاً يبيع هذه الخابية الزيت فباع نصفها لم يحنث؛ لأن البيع يمكن أن يأتي على الكل، فحملت اليمين على الحقيقة.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: كُلُّ حَلَالٍ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلاَّ أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلِكَ) فائدته: أن امرأته لا تدخل في يمينه إلا أن ينويها، فإذا نواها كان إيلاء، ولا تصرف من المأكول والمشروب، وكذا اللباس لا يدخل في يمينه إلا أن ينويه وإن قال: كل حلال علي حرام، ينوي امرأته كان عليها، وعلى الطعام والشراب؛ لأن الطعام والشراب يلزمه بظاهر اللفظ، وتحريم المرأة يلزمه بنيته، وإذا قال لامرأتيه: أنتما علي حرام ينوي في إحداهما الطلاق، وفي الأخرى الإيلاء كانتا طلقتين جميعاً؛ لأن اللفظ الواحد لا يحمل على أمرين، فإذا أراد أحدهما حمل على الأغلظ منهما، وهو الطلاق، وكذا إذا قال لهما: أنتما علي حرام ينوي في أحدهما ثلاثاً، وفي الأخرى واحدة يطلقان ثلاثاً ثلاثاً لما ذكرنا أن اللفظ الواحد لا يحمل على معنيين: فيحمل على أشدهما، كذا في الكرخي.

قوله: (وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِهِ) بأن قال: لله علي أن أتصدق بمائة درهم، أو لله علي عشر حجج رواية واحدة، وإن قال: لله علي صوم سنة، فكذا أيضاً يلزمه الوفاء به، ولا يجزيه كفارة يمين في ظاهر الرواية يجزيه.

ويروى أن أبا حنيفة رجع إلى هذا القول.

وقوله: «فعليه الوفاء به»؛ لقوله عليه السلام: «من نذر نذراً سماه فعليه الوفاء به

ومن نذر نذراً لم يسمه فعليه كفارة يمين»[1].

قال في المستصفى: هنا أربع مسائل:

أحدهما: أن يطلق النذر، فيقول: لله علي نذر، أو نذر لله علي، فعليه كفارة يمين.

الثانية: أن يقول له: علي صوم يوم الجمعة، فعليه الوفاء به، وهي مسألة الكتاب، فهو مطلق من حيث إنه لم يعلقه بشرط.

الثالثة: أن يعلق نذره بشرط، وهي مذكورة في الكتاب بعد هذه.

الرابعة: أن يقول: علي نذر إن فعلت كذا، فهذه تنعقد يميناً، وموجبها موجب اليمين.

قوله: (وَإِنْ عَلَّقَ نَذْرَهُ بِشَرْطٍ فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ وَقَالَ إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلْت كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمُ سَنَةٍ أَوْ صَدَقَةُ مَا أَمْلِكُ أَجْزَأَهُ عَنْ ذَلِكَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ) ويخرج عن العهدة بما سمى أيضاً، وهذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه بأن قال: إن كلمت زيداً فمالي صدقة، أو علي حجة؛ لأن فيه معنى اليمين، وهو المنع وهو بظاهره نذر، فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله: إن شفى الله مريضي، أو رد غائبي فشفى الله مريضه، أو رد غائبه، فإن عليه الوفاء بالنذر بلا خلاف لانعدام معنى اليمين فيه. وهذا التفصيل هو الصحيح، كذا في الهداية.

قال في الينابيع: إذا قال: لله علي صدقة ولم ينو شيئاً تصدق بنصف صاع، وإن قال: إطعام عشرة مساكين ولم ينو شيئاً لزمه إطعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ الْكَعْبَةَ أَوْ الْمَسْجِدَ أَوْ الْبِيعَةَ أَوْ الْكَنِيسَةَ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأن هذه لا تسمى بيوتاً في العادة، والمعتبر في الأيمان الاسم والعادة، ولأن البيت هو ما أعد للبيتوتة، وهذه البقاع ما بنيت لها، ولا يقال إن الله تعالى سمى المساجد بيوتاً، فقال تعالى: ﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ ﴾[2]؛ لأن المعتبر هو المعتاد دون تسمية القرآن.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ فِي الصَّلاَةِ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأن القراءة في

(1) تقدم تخريجه.

(2) سورة النور: 36.

الصلاة ليست بكلام لقوله عليه السلام؛ «إن هذه صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، وإنما هي التسبيح، والتهليل، وقراءة القرآن»[1]، فدل على أن ما يؤتى به في الصلاة من الأذكار ليس بكلام، فلا يحنث وكذا إذا سبح في الصلاة، أو هلل، أو كبر لم يحنث، وإن قرأ القرآن في غير الصلاة، أو كبر، أو هلل، أو سبح في غير الصلاة حنث؛ لأنه متكلم.

وقيل: في عرفنا لا يحنث بذلك؛ لأنه لا يسمى متكلماً، بل يسمى قارئاً، أو مسبحاً، وإن حلف لا يتكلم، فصلى لم يحنث استحساناً؛ لأنه غير مراد باليمين، وإن حلف لا يكلم فلاناً فصلى خلفه، فسها الإمام فسبح به الحالف، أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث؛ لأن هذا لا يسمى كلاماً على الإطلاق؛ لأن الكلام يبطل الصلاة، وهذا لا يبطلها، وإن فتح عليه في غير الصلاة حنث؛ لأنه كلام ولو كان الإمام هو الحالف والمحلوف عليه خلفه فسلم لم يحنث؛ لأن سلام الصلاة ليس بكلام كتكبيرها والقراءة فيها. وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه وفهمه ولم ينطق فيه بشيء لا يحنث عند أبي يوسف؛ لأن القراءة فعل اللسان.

وقال محمد: يحنث؛ لأنه مجاز متعارف، والأيمان تقع على العرف.

قال في الواقعات: رجل حلف لا يقرأ سورة من القرآن، فنظر فيها حتى أتى على آخرها لا يحنث بالاتفاق.

فأبو يوسف سوى بين هذه وبين ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان.

ومحمد فرق بينهما فقال: المقصود من قراءة كتاب فلان فهم ما فيه، وقد حصل بالنظر. وأما قراءة القرآن، فالمقصود منها عين القراءة؛ إذ الغرض من قراءة القرآن الثواب، وذلك إنما يكون بتحريك اللسان.

ولو حلف لا يقرأ سورة، فترك منها كلمة حنث وإن كان آية كاملة لا يحنث وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان، فقرأه إلا سطراً حنث وكأنه قرأه كله؛ لأن الغرض منه الوقوف على ما فيه، فإن قرأ نصفه لم يحنث، وكأنه لم يقرأه.

قال في الهداية: ولو قال: يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق، فهو على الليل والنهار؛ لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، والكلام لا يمتد وإن عنى به النهار خاصة دين في القضاء.

---

(1) أخرجه النسائي في سننه في كتاب السهو (باب: الكلام في الصلاة) بلفظ: «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هو التسبيح والتكبير وتلاوة القرآن».

وعن أبي يوسف: لا يدين في القضاء؛ لأنه خلاف المتعارف، وأن قال: ليلة أكلم فلاناً، فهو على الليل خاصة؛ لأنه حقيقة في سواد الليل.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَلْبَسُ ثَوْبًا وَهُوَ لاَبِسُهُ فَنَزَعَهُ فِي الْحَالِ لَمْ يَحْنَثْ) وقال زفر: يحنث؛ لأنه جعل لابساً من وقت اليمين إلى أن نزعه.

ولنا: أن الأيمان محمولة على العرف والعادة، وقصد الإنسان في العادة أن يحلف على ما يمكن الاحتراز عنه، وبقاء الثوب عليه بعد اليمين إلى أن ينزعه لا يدخل تحت يمينه، فلهذا لم يحنث، ولأن اليمين لا تعقد على ما لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأن الإنسان إنما يحلف ليبر لا ليحنث. ومعلوم أن ما بين اليمين والنزع لا يمكن الاحتراز عنه، فكانت اليمين على ما سواه.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا حَلَفَ لاَ يَرْكَبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَنَزَلَ مِنْ سَاعَتِهِ لَمْ يَحْنَثْ وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً حَنِثَ)؛ لأن البقاء على اللبس والركوب لبس وركوب، فإذا ترك النزع والنزول بعد يمينه جعل راكباً ولابساً فحنث، وإن حلف لا يكسو فلاناً شيئاً، ولا نية له فكساه قلنسوة، أو خفين، أو نعلين حنث؛ لأن هذه الأشياء مما تكسى، ولأنه حلف على نفي الفعل فحنث بوجود اليسير منه، كما لو حلف لا يأكل ولا يشرب.

وعن محمد: لا يحنث؛ لأن الكسوة عبارة عما يجزئ في كفارة اليمين، وإن حلف لا يكسو فلاناً ثوباً، فأعطاه دراهم يشتري بها ثوباً لم يحنث؛ لأنه لم يكسه، وإنما وهب دراهم وشاوره فيما يفعل، كذا في الكرخي.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لَمْ يَحْنَثْ بِالْقُعُودِ حَتَّى يَخْرُجَ ثُمَّ يَدْخُلَ)؛ لأن الدخول لا دوام له، وإنما هو انفصال من الخارج إلى الداخل وليس المكث دخولاً ألا ترى أن من دخل داراً يوم الخميس، ومكث إلى يوم الجمعة لا يقول: دخلتها يوم الجمعة وسواء دخلها راكباً، أو ماشياً، أو محمولاً بأمره، فإنه يحنث؛ لأن اسم الدخول يتناول الجميع، فإن أدخلها مكرهاً لا يحنث؛ لأنه ليس بداخل، وإنما هو مدخل، فإن أدخل إحدى رجليه ولم يدخل الأخرى لا يحنث؛ لأنا لو جعلناه داخلاً بإحدى رجليه جعلناه خارجاً بالأخرى، فلا يكون في وقت واحد داخلاً وخارجاً، وإن أدخل رأسه ولم يدخل قدميه لم يحنث.

ولو حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه في المسجد لا يحنث؛ لأن هذا ليس بدخول عليه عادة، وإنما الدخول المعتاد في البيوت خاصة.

ولو حلف لا يخرج من المسجد، فأمر إنساناً، فحمله وأخرجه حنث، وإن أخرجه

مكرهاً لا يحنث، وإن حلف لا يخرج إلى مكة، فخرج من بلده يريدها، ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة.

ولو حلف لا يأتي مكة لم يحنث حتى يدخلها؛ لأن الإتيان عبارة عن الوصول قال الله تعالى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ﴾[1].

وإن حلف لا يذهب إلى مكة فهو كالإتيان، وقال بعضهم: هو كالخروج، وهو الأصح، كذا في الهداية.

قوله: (**وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ دَارًا خَرَابًا لَمْ يَحْنَثْ**)؛ لأنه لما لم يعين الدار كان المعتبر في يمينه داراً معتاداً دخولها وسكناها؛ إذ الأيمان محمولة على العادة، ولهذا لو حلف لا يلبس قميصاً، فارتدى به لم يحنث؛ لأن المقصود اللبس المعتاد.

قوله: (**وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَ مَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حَنِثَ**)؛ لأنه لما عينها تعلق ذلك ببقاء اسمها، والاسم فيها باق، كما لو انهدمت سقوفها وبقيت حيطانها، وعلى هذا إذا حلف لا يلبس هذا القميص بعينه، فارتدى به حنث؛ لأن اليمين وقعت على الاسم لا على المعتاد من اللبس.

والأصل في هذا: أن الصفة في الحاضر لغو، وفي الغائب شرط، وقيام الاسم شرط فيهما جميعاً.

بيانه: إذا حلف لا يدخل هذه الدار، وأشار إليها، أو داراً بعينها فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث؛ لأن الاسم باق؛ إذ الدار اسم للساحة، والبناء وصف فيها، والصفة في الحاضر لغو، وإن جعلت مسجداً، أو حماماً، أو بستاناً، فدخله لم يحنث؛ لأن الاسم قد زال، فلو بناها دارا أخرى بعد ما جعلها مسجداً، فدخلها لم يحنث؛ لأنها غير الدار الأولى، وإن بناها داراً بعد ما صارت صحراء فدخلها حنث.

ولو حلف لا يدخل داراً بغير عينها، فدخل داراً قد هدمت وصارت صحراء لم يحنث؛ لأن الصفة في الغائب شرط إلا إذا كانت حيطانها قائمة حينئذ يحنث. وأما إذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم سقفه حنث؛ لأنه لم يزل غير الوصف، وإن زالت حيطانه لم يحنث؛ لأنه زال الاسم ولا يسمى بيتاً بعد زوال الحيطان بخلاف الدار، قال الشاعر:

الدار دار وإن زالت حوائطها   والبيت ليس ببيت بعد تهديم

---

(1) سورة الشعراء: 16.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأن البيت اسم للمبني، فإذا زال البناء لم يسم بيتاً، وإن كان انهدم سقفه، وبقيت حيطانه فدخل حنث؛ لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه، ولأنه بهدم السقف لم يزل عنه اسم البيت ما دامت الحيطان باقية، وإنما يقال: بيت خراب، وإن حلف لا يدخل بيتاً، فدخل بيتاً لا سقف له لم يحنث؛ لأن البناء وصف فيه، والوصف في الغائب شرط، وإن حلف لا يدخل هذا البيت، فانهدم وبنى بيتاً آخر فدخله لم يحنث؛ لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام.

قوله: (وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ زَوْجَةَ فُلاَنٍ فَطَلَّقَهَا فُلاَنٌ) أي طلاقاً بائناً (ثُمَّ كَلَّمَهَا حَنِثَ) هذا إذا كان اليمين على زوجة معينة مشار إليها بأن قال: زوجة فلان هذه، وكذا إذا حلف لا يكلم صديق فلان وعينه، فعاداه فلان، ثم كلمه حنث. وأما إذا لم يكونا معينين لم يحنث عندهما.

وقال محمد: يحنث. وأما العبد إذا لم يكن معيناً لم يحنث بالإجماع، فإن كان معيناً، فكذا أيضاً لا يحنث عندهما.

وقال محمد: يحنث

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلاَنٍ أَوْ لاَ يَدْخُلُ دَارَ فُلاَنٍ فَبَاعَ فُلاَنٌ عَبْدَهُ أَوْ دَارِهِ فَكَلَّمَ الْعَبْدَ أَوْ دَخَلَ الدَّارَ لَمْ يَحْنَثْ) هذا قولهما.

وقال محمد: يحنث قاسه على صديق فلان وزوجة فلان.

ولهما: أن امتناعه من كلام العبد لأجل مولاه؛ إذ لو أراد العبد بعينه لم يضفه إلى المولى، فلما أضاف الملك فيه إلى المولى زالت يمينه عنه بزوال ملكه، وكذا الدار لا تعادى ولا توالى، فإذا حلف على دخولها مع الإضافة صار الامتناع باليمين لأجل صاحبها، فإذا زال الملك زالت اليمين، وكذا إذا حلف لا يلبس ثوب فلان أولاً يركب دابة فلان فباعهما فلبس الثوب وركب الدابة لم يحنث؛ لأنه لا يمنع منها إلا لمعنى في المالك، فصار كأنه قال: ما داما ملكاً لفلان، وكذا العبد لا يعادى ولا يوالى لخساسته وسقوط منزلته، وإنما يمنع منه لأجل مولاه وليس كذلك الصديق والزوجة والزوج؛ لأن هؤلاء يعادون ويوالون لأنفسهم، فعلم أنه قصدهم باليمين.

ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها فلان بملك، أو إجارة، أو عارية حنث، وإن حلف لا يتزوج بنت فلان، فولدت له بنت بعد اليمين فتزوجها لم يحنث؛ لأن قوله: بنت فلان يقتضي بنتاً موجودة في الحال، وإن قال بنتاً لفلان، أو بنتاً من بنات فلان ولا بنات له وقت اليمين، ثم ولد له بعد اليمين بنت فتزوجها حنث عند أبي حنيفة.

ولو حلف لا يأكل من طعام فلان، فأكل من طعام مشترك بينه وبين آخر، أو بينه وبين الحالف حنث؛ لأن كل جزء منه يسمى طعاماً، فقد أكل من طعام المحلوف عليه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطَّيْلَسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ)؛ لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف؛ لأن الإنسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان، فصار كما إذا أشار إليه.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ وَقَدْ صَارَ شَيْخًا حَنِثَ)؛ لأن الحكم تعلق بالمشار إليه؛ إذ الصفة في الحاضر لغو، وإن قال: لا أكلم شاباً، أو شيخاً، أو صبياً بلفظ النكرة تقيد به.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ لَحْمَ هَذَا الْحَمَلِ فَصَارَ كَبْشًا فَأَكَلَهُ حَنِثَ)؛ لأن يمينه تعلقت بالمشار إليه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ النَّخْلَةِ) فهو على ثمرها؛ لأنه لا يتأتى أكلها، فكانت اليمين على ما يحدث منها، فإن أكل من عينها لم يحنث.

وقال محمد: إذا أكل من ثمرها، أو جمارها، أو طلعها، أو دبسها يحنث؛ لأن هذه الأشياء منها. والمراد بالدبس الذي لم يطبخ. أما إذا طبخ لم يحنث بأكله، فإن شرب من خلها، أو نبيذها لم يحنث؛ لأن هذا قد تغير بصنعة جديدة، وإن حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئاً، فهو عن عنبه وزبيبه وعصيره والكرم بمنزلة النخل، وإن حلف لا يأكل من هذه الشاة، فهو على لحمها خاصة دون ما يتخذ من اللبن والزبد والجبن والأقط وغيره؛ لأن الشاة مأكولة في نفسها، فحملت اليمين على لحمها دون غيره بخلاف النخلة، فإنها غير مأكولة في نفسها، فحملت اليمين على ما يحدث منها، ولو نظر إلى عنب فحلف لا يأكل منه، فهو على العنب في نفسه دون زبيبه؛ لأن العنب مأكول في نفسه، فانصرف يمينه إليه كالشاة.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ فَصَارَ رُطَبًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأن اليمين إذا تعلقت بعين بقيت ببقاء اسمه وزالت بزواله، ومعلوم أن انتقاله إلى الرطب يزيل عنه اسم البسر، وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا اللبن، فأكل من جبن صنع منه، أو مصل، أو أقط، أو شيراز المصل المواه والشيراز الجدابة، وكذا إذا حلف لا يأكل من هذه البيضة، فأكل من فرخ خرج منها أولاً يذوق هذه الخمر، فصارت خلاً، فشرب منه لم يحنث، فإن نوى ما يكون من ذلك حنث؛ لأنه شدد على نفسه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ رُطَبًا لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنه ليس ببسر.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ رُطَبًا فَأَكَلَ بُسْرًا مُذَنِّبًا حَنِثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) ووافقه محمد في ذلك.

وقال أبو يوسف: لا يحنث؛ لأنه اختص باسم يخرج به من اسم الرطب.

ولهما: أن المنتقى بيمينه أكل الرطب والبسر المذنب فيه الرطب، وكذا إذا حلف لا يأكل بسراً، فأكل رطباً فيه بسر يسير حنث عندهما لما ذكرنا.

وعند أبي يوسف: لا يحنث؛ لأن الذي في الرطب لا يسمى بسراً في الغالب.

وأبو يوسف اعتبر الغلبة، فإن كانت الغلبة للمحلوف عليه حنث، وإن كانت لغيره لم يحنث، فصار هنا أربع مسائل: إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بسراً مذنباً، أو حلف لا يأكل رطباً فأكل رطباً به بسر يسير فعندهما: يحنث.

وعند أبي يوسف: لا يحنث.

ولو حلف لا يأكل هذا الرطب، فأكله بعد ما صار تمراً لا يحنث؛ لأنه زال الاسم، وكذا إذا حلف لا يأكل هذا البسر، فأكله بعد ما صار رطباً لا يحنث لهذا المعنى هذا كله في اليمين على الأكل. أما في الشراء إذا حلف لا يشتري بسراً، أو رطباً، فاشترى بسراً مذنباً، فإنه يعتبر الغلبة إجماعاً، فإن كانت الغلبة للمحلوف عليه حنث إجماعاً.

فأبو يوسف سوى بينهما، وهما فرقا بين الأكل والشراء فقالا: إن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع، فيتبع القليل فيه الكثير، وفي الأكل يصادفه شيئاً فشيئاً، فكان كل واحد منهما مقصوداً.

قال في الهداية: إذا حلف لا يشتري رطباً، فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث؛ لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع، وكذا إذا حلف لا يشتري شعير، أو أو لا يأكله، فاشترى حنطة فيها حبات شعيراً وأكلها، فإنه يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا.

ولو حلف لا يأكل تمراً ولا نية له، فأكل قسباً، أو رطباً لا يحنث إلا أن ينوي ذلك، كذا في الكرخي.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ السَّمَكَ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناوله في العرف والعادة، ولا اعتبار بتسميته لحماً في القرآن؛ لأن الأيمان لا تحمل على ألفاظ القرآن. ألا ترى أن من حلف لا يخرب بيتاً، فخرب بيت العنكبوت أولاً يركب دابة، فركب كافراً لم يحنث، وإن كان قد سمى الكافر دابة في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ

شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ عِندَ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ ﴾[1]، وكذا جميع ما في البحر حكمه حكم السمك، وإن حلف لا يأكل لحماً، فأي لحم أكله من سائر الحيوان غير السمك، فإنه يحنث محرمه ومباحه ومطبوخه ومشويه، وعلى أي حال أكله، فإن أكل ميتة، أو لحم خنزير، أو لحم إنسان حنث في الجميع ذلك؛ لأنه يسمى لحماً، وهذا في اليمين على الأكل. أما إذا كانت يمينه على الشراء، فإنه يقع على اللحم الذي يجوز شراؤه، كذا في الخجندي.

وإن حلف لا يأكل لحماً فأكل كبداً، أو كرشاً، أو رأساً، أو الكلأ، أو الرية، أو النشاشة، أو الأمعاء، أو الطحال حنث في هذا كله. وأما شحم البطن فليس بلحم ولا يحنث بأكله إلا أن ينويه، وكذا الألية حكمها حكم الشحم، وإن أكل شحم الظهر، أو ما على اللحم حنث؛ لأنه يقال له: لحم سين، فإن أكل لحم الطيور، أو لحم صيود البر حنث وكذا لحم الرأس؛ لأن الرأس عضو من الحيوان بخلاف ما إذا حلف لا يشتري لحماً، فاشترى رأساً، فإنه لا يحنث؛ لأنه لا يقال: اشترى لحماً، وإنما يقال: اشترى رأساً، ولو حلف لا يشتري لحماً ولا شحماً، فاشترى ألية لم يحنث؛ لأنها ليست بلحم ولا شحم، وإنما هي نوع ثالث.

قوله: (**وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَكْرَعَ فِيهَا كَرْعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) وهو أن يباشر الماء بفيه، فإن أخذه بيده، أو بإناء لم يحنث.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث بالكرع والاغتراف باليد والإناء.

والأصل: أن اليمين عنده إذا كانت لها حقيقة مستعملة ومجاز متعارف مستعمل حملت على الحقيقة دون المجاز، وعندهما: يحمل عليهما جميعاً. ومعلوم أن الكرع في الدجلة هو الحقيقة، وهي مستعملة متعارفة يفعلها كثير من الناس، والمجاز أيضاً متعارف، وهو أن يأخذ منها بإناء، فحملت عنده على الحقيقة، وعندهما: على الأمرين، فإن شرب من نهر يأخذ من دجلة لم يحنث إجماعاً سواء كرع فيه، أو شرب منه بإناء؛ لأنه لم يشرب من دجلة، وإنما شرب من غيره كمن حلف لا يشرب من هذا الكوز، أو من هذا الإناء، فحول ماءه إلى كوز آخر، أو إناء آخر، فإنه لا يحنث بشرب ذلك. أما إذا حلف لا يشرب من ماء دجلة، فكرع في نهر يأخذ منها حنث إجماعاً؛ لأن ماء دجلة موجود في النهر الذي يأخذ منها، وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة، فاستقى له من نهر يأخذ منها، فشربه حنث؛ لأن يمينه على الماء، وهو موجود في هذا النهر.

---

(1) سورة الأنفال: 55.

قوله: (وَلَوْ حَلَفَ لاَ يَشْرَبُ مِنْ مَاءِ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنِثَ)؛ لأنه شرب ماء مضافاً إلى دجلة فحنث.

ولو حلف لا يشرب ماء من دجلة ولا نية له فشربه منها بإناء لم يحنث حتى يضع فاه في الدجلة؛ لأنه لما ذكر من وهي للتبعيض صارت اليمين على النهر فلم يحنث إلا بالكرع، وإن حلف لا يشرب من هذا الجب، فإن كان مملوءاً، فهو على الكرع لا غير عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: على الكرع والاغتراف، وإن كان غير مملوء، فعلى الاغتراف بالإجماع، وإن حلف لا يشرب من هذا البئر، أو من ماء هذا البئر، فهو على الاغتراف؛ لأن الحقيقة غير متعارفة فيها، فحملت اليمين على المجاز، فإن تكلف وكرع من أسفلها، اختلفوا فيه؟ والصحيح: أنه لا يحنث.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْزِهَا لَمْ يَحْنَثْ) عند أبي حنيفة، وإنما يحنث إذا قضمها؛ لأن لها حقيقة مستعملة، فإنها تغلى، وتقلى، وتؤكل قضماً، والحقيقة مقدمة على المجاز.

وعندهما: يحنث إذا أكلها خبزاً، أو قضماً، وهو الصحيح لعموم المجاز. والخلاف فيما إذا لم يكن له نية. أما إذا نوى أن يأكلها حباً، فأكل من خبزها لم يحنث إجماعاً.

وإن حلف لا يأكل من هذه الحنطة، فأكل من سويقها لم يحنث عند أبي حنيفة على أصله أن اليمين تحمل على الحقيقة، وحقيقتها: أن تؤكل حباً.

وقال محمد: يحنث كما في الخبز على أصله.

وأما أبو يوسف: فمنهم من قال: هو مع محمد كما في الخبز.

وذكر في الأصل أنه مع أبي حنيفة، وفرق بين الخبز والسويق؛ لأن الخبز يسمى حنطة مجازاً يقال خبز حنطة، والسويق لا يسمى بذلك. ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها وأكل من غلتها لم يحنث.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْزِهِ حَنِثَ)؛ لأن العادة أكله هكذا، وليس له حقيقة تعرف غير ذلك، وهذا إذا لم يكن له نية، فإن نوى أن يأكله بعينه لم يحنث إذا أكل من خبزه؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

قوله: (وَلَوْ اسْتَفَّهُ كَمَا هُوَ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنه لم تجر العادة باستعماله كذلك؛ لأن ماله مجاز مستعمل، وليست له حقيقة مستعملة تناولت اليمين المجاز بالإجماع والدقيق بهذه المنزلة، وكذا لو حلف لا يلبس هذا الغزل، فتعمم به قبل أن ينسج لم يحنث لما ذكرنا.

وإن حلف لا يأكل هذا اللبن، أو هذا العسل، أو هذا الخل فأكله بخبز، أو تمر حنث. وإن شربه لم يحنث؛ لأن الشرب لا يسمى أكلاً.

ولو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ودقه وشربه لم يحنث؛ لأن هذا شرب وليس بأكل.

وإن حلف لا يأكل عنباً فجعل يمصه ويرمي بثفله ويبلع ماءه لم يحنث في الأكل ولا في الشرب؛ لأن هذا ليس بأكل ولا بشرب، وإنما هو مص.

ولو حلف لا يأكل سكراً فجعل في فيه سكرة، وجعل يبلع ماءها حتى ذابت لم يحنث؛ لأنه حين أوصلها إلى جوفه وصلت وهي مما لا يتأتى فيها المضغ.

ولو حلف لا يذوق الماء فتمضمض للوضوء لم يحنث؛ لأن المقصود به التطهير دون معرفة الطعم.

ولو حلف لا يأكل طعاماً فأكل خبزاً، أو لحماً، أو تمراً وفاكهة حنث؛ لأن الطعام كل ما يطعم ويؤكل بنفسه، أو مع غيره والإدام يسمى طعاماً فيحنث به، وإن أكل أهليلجة، أو محمودة لم يحنث؛ لأنه لا يسمى طعاماً.

وإن حلف لا يأكل طعاماً من طعام فلان، فأكل من خله، أو زيته، أو ملحه، أو أخذ منه شيئاً يأكله بطعام نفسه حنث، وإن أخذ من نبيذه، أو مائه فأكل به خبزاً لم يحنث.

وإن حلف لا يأكل سمناً، فأكل سويقاً ملتوتاً بسمن ولا نية له، فإن كان السويق بحيث إذا عصر سال منه السمن حنث وإلا فلا.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ فُلاَنًا فَكَلَّمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلاَّ أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِثَ)؛ لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه إلا أنه لم يفهم لنومه كما لو كلمه، وهو غافل، وكذا إذا ناداه وهو بحيث يسمع إلا أنه لم يفهم لغفلته، وكذا لو دق عليه الباب، فقال الحالف: من هذا أو أنت، فإنه يحنث؛ لأنه مكلم له، ولو ناداه المحلوف عليه فقال له: لبيك حنث، كذا في النهاية.

وإن حلف لا يؤم أحداً فافتتح الصلاة لنفسه، فجاء قوم فاقتدوا به حنث قضاء لا ديانة؛ لأنه في الظاهر أمهم فحنث قضاء، لكنه لم يقصد إمامتهم، فلم يحنث ديانة إن أمهم في صلاة الجنازة، أو في سجدة التلاوة لم يحنث لا قضاء ولا ديانة في كل الوجود؛ لأن اليمين عند الإمامة تصرف إلى الصلاة المعهودة الفريضة والنافلة.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُهُ إِلاَّ بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِإِذْنِهِ حَتَّى كَلَّمَهُ حَنِثَ) هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يحنث.

ولو حلف لا يكلم فلاناً حتى يأذن له زيد فمات زيد قبل أن يأذن له، فعندهما: يسقط يمينه، فإن كلمه بعد ذلك لا يحنث.

وعند أبي يوسف: متى كلمه حنث.

ولو قال: إن ضربتك فعبدي حر فضربه بعد موته لا يحنث، وكذا إذا حلف لا يكسوه، فهو على الحياة أيضاً حتى لو كفنه لا يحنث إلا أن ينوي بالكسوة الستر، وإن قال: إن غسلتك فعبدي حر فغسله بعد موته حنث. ولو حلف لا يكلمه أولاً يدخل عليه ففعل ذلك بعد موته لا يحنث.

قوله: (وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الْوَالِي رَجُلاً لِيُعْلِمَهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ خَبِيثٍ دَخَلَ الْبَلَدَ فَهُوَ عَلَى حَالِ وِلاَيَتِهِ خَاصَّةً)؛ لأن المقصود منه دفع شره بزجره، فلا يفيد.

فائدته: بعد ولايته والزوال بالموت، وكذا بالعزل في ظاهر الرواية، فإن عزل ثم عاد والياً لم تعد اليمين، وتبقى اليمين ما لم يمت الوالي، أو يعزل.

وصورته: استحلف رجلاً ليرفعن إليه كل من علم به من فاسق، أو سارق في محلته فلم يعلم شيئاً من ذلك، حتى عزل العامل من عمله، ثم علم فليس عليه أن يرفعه، وقد خرج من يمينه. وبطلت عنه اليمين، فإن عاد العامل بعد عزله لم يكن عليه أيضاً أن يرفعه إليه، وقد بطلت بيمينه الداعر بالعين المهملة الفاجر الخبيث.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلاَنٍ فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبْدِهِ لَمْ يَحْنَثْ) المراد عبده المأذون سواء كان مديوناً أم لا، وهو قولهما.

وقال محمد؛ لأن الدابة ملك المولى، وإن أضيفت إلى العبد؛ لأن العبد وما في يده لمولاه.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَوَقَفَ عَلَى سَطْحِهَا أَوْ دَخَلَ دِهْلِيزَهَا حَنِثَ)؛ لأن سطحها منها. ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بصعوده إلى سطح المسجد، وكذا الدهليز من الدار؛ لأن الدار ما اشتملت عليه الدائرة.

وقيل: في عرفنا لا يحنث بالصعود إلى السطح، كذا في الهداية.

قوله: (فَإِنْ وَقَفَ عَلَى طَاقِ الْبَابِ بِحَيْثُ إِذَا غُلِقَ الْبَابُ كَانَ خَارِجًا لَمْ يَحْنَثْ) وإن كان داخل الباب إذا غلق حنث، وإن أدخل إحدى رجليه ولم يدخل الأخرى، إن كانت الدار منهبطة حنث، وإن كانت مستوية لا يحنث.

وفي الكرخي: لا يحنث سواء كانت منهبطة، أو مستوية، وهو الصحيح، وإن

أدخل رأسه ولم يدخل قدميه، أو تناول منها شيئاً بيده لم يحنث؛ لأن هذا ليس بدخول. ألا ترى أن السارق لو فعله لم يقطع.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ الشِّوَاءَ فَهُوَ عَلَى اللَّحْمِ دُونَ الْبَاذِنْجَانِ وَالْجَزَرِ)؛ لأن الشواء يراد به اللحم حتى لو أكل سمكاً مشوياً لا يحنث، فإن نوى كل ما يشوى من بيض، أو غيره فهو على ما نوى؛ لأنه شدد على نفسه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَى مَا يُطْبَخُ مِنْ اللَّحْمِ) اعتباراً للعرف، فإن أكل سمكاً مطبوخاً لم يحنث، وإن أكل لحماً مقلياً لا مرق فيه لم يحنث، فإن طبخ لحماً له مرق وأكل من مرقه حنث؛ لأن المرق فيه أجزاء اللحم.

وفي الينابيع: إذا حلف لا يأكل من هذا اللحم شيئاً، فأكل من مرقه لم يحنث إلا أن ينوي المرق.

وإن حلف لا يأكل الطبيخ فأكل شحماً مطبوخاً حنث، فإن طبخ عدساً بودك، أو بشحم، أو ألية فهو طبيخ، وإن طبخه بسمن، أو زيت لم يكن طبيخاً، ولا يكون الأرز طبيخاً.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيُبَاع فِي الْمِصْرِ) الكبس هو الضم، وكان قول أبي حنيفة الأول على رؤوس الإبل والبقر والغنم خاصة، ثم رجع عن رؤوس الإبل، وجعلها على رؤوس البقر والغنم خاصة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هي على رؤوس الغنم خاصة.

وفي الخجندي: إذا حلف لا يشتري رأسا، فهو عند أبي حنيفة: على رؤوس البقر والغنم.

وعندهما: على رؤوس الغنم لا غير، ولا يقع على رؤوس الإبل بالإجماع، وهذا في الشراء. أما في الأكل يقع على الكل، ولا يدخل في اليمين رؤوس الجراد، والسمك والعصافير إجماعاً لا في الأكل ولا في الشراء، وكذا رؤوس الإبل لا تدخل بالإجماع.

وإن حلف لا يأكل بيضاً ولا نية له، فهو على بيض الطير كله الإوز والدجاج وغيره، ولا يحنث في بيض السمك إلا أن ينويه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَأْكُلُ خُبْزًا فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يَعْتَادُ أَهْلُ الْمِصْرِ أَكْلَهُ خُبْزًا) مثل الحنطة والشعير والذرة والدخن، وكل ما يخبز عادة في البلاد.

قوله: (فَإِنْ أَكَلَ الْقَطَائِفَ أَوْ خُبْزَ الأُرْزِ بِالْعِرَاقِ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنه غير معتاد عندهم، وإن أكله في طبرستان، أو في بلد عادتهم يأكلون الأرز خبزاً حنث.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَبِيعُ وَلاَ يَشْتَرِي وَلاَ يُؤَجِّرُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ) إلا أن ينوي ذلك؛ لأن حقوق هذه الأشياء ترجع إلى العاقد دون الآمر. فأما إذا نوى ذلك حنث؛ لأنه شدد على نفسه، وإن كان الوكيل هو الحالف؛ لأنه التزم حقوق هذا العقد، وإن كان الحالف ممن جرت عادته أن لا يتولى ذلك بنفسه مثل السلطان ونحوه، فأمر غيره أن يفعل ذلك حنث؛ لأن يمينه على الآمر به، فإن نوى أن لا يتولاه بنفسه دين في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَتَزَوَّجُ أَوْ لاَ يُطَلِّقُ أَوْ لاَ يُعْتِقُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ حَنِثَ) وكذا الخلع والكتابة والصلح من دم العمد والهبة والصدقة والكسوة والنفقة؛ لأن الوكيل في هذه الأشياء سفير ومعبر، ولهذا لا يضيفه إلى نفسه لا يقول: تزوجت، وإنما يقول: زوجت فلاناً، وطلقت امرأة فلان. وحقوق العقد راجعة إلى الآمر لا إليه، فإن قال الآمر: نويت أن آلي ذلك بنفسي لا يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

ولو حلف لا يضرب عبده أولاً يذبح شاته، فأمر إنساناً ففعل ذلك حنث، وإن قال: نويت أن أليه بنفسي دين في القضاء.

وفي الهداية إذا حلف لا يضرب ولده، فأمر إنساناً فضربه لم يحنث؛ لأن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد، وهو التأديب والتثقيف، فلم ينسب فعله إلى الآمر بخلاف الأمر بضرب العبد؛ لأن منفعته الائتمار بأمره، فيضاف الفعل إليه.

وإن حلف لا يزوج ابنته الصغيرة فأمر رجلاً يزوجها، أو زوجها رجل بغير أمره، فأجاز، فإنه يحنث؛ لأن حقوق العقد بالعاقد، فتعلقت بالمجيز.

ولو حلف لا يؤخر عن فلان حقه شهراً فلم يؤخره شهراً، بل سكت عن تقاضيه، حتى مضى الشهر لم يحنث؛ لأن التأخير هو التأجيل، وترك التقاضي ليس بتأجيل.

ولو أن امرأة بكراً حلفت أن تأذن في تزويجها، وهي بكر فزوجها أبوها فسكتت، فإنها لا تحنث، والنكاح لازم لها؛ لأن السكوت ليس بإذن، وإنما أقيم مقام الإذن بالسنة.

ولو حلف لا يهب له شيئاً، أو لا يتصدق عليه، فوهب له، أو تصدق عليه فلم يقبل حنث، وكذا إذا حلف لا يعير، ثم قال: أعرتك حنث سواء قبل أم لا؛ لأن الملك هنا من جانب واحد لا من جانبين بخلاف ما إذا حلف لا يبيع، أو لا يؤجر، أو لا يكاتب ففعل، فإنه لا يحنث حتى يقبل الآخر؛ لأن المقصود بذلك حصول العوضين، وذلك لا يكون إلا بالإيجاب والقبول.

وإن باع بيعاً فيه خيار للبائع، أو للمشتري حنث عند محمد لوجوب الشرط وهو البيع، ولم يحنث عند أبي يوسف.

وأما القراض ففيه روايتان عن أبي حنيفة: في رواية: كالبيع، وفي رواية: كالهبة. والطحاوي جعله كالبيع.

ولو حلف لا يتزوج ولا يصلي، فهو على الصحيح من ذلك دون الفاسد؛ لأن النكاح لا يملك بفاسده بخلاف البيع؛ لأن الغرض منه الملك، وهو يقع بفاسده، وكذا الصلاة الغرض منها التقرب إلى الله تعالى، وذلك لا يوجد بالفاسد.

ولو حلف لا يصلي فكبر ودخل في الصلاة لم يحنث، حتى يركع ويسجد، وإن قال: والله لا أصلي صلاة لم يحنث حتى يصلي ركعتين.

وإن حلف لا يصلي صلاة، فصلى صلاة الجنازة لا يحنث.

ولو حلف لا يصلي الظهر لم يحنث حتى يتشهد في الرابعة، وإن حلف لا يصوم، فأصبح ناوياً للصوم وصام ساعة، ثم أفطر حنث، وأن قال: لا أصوم صوماً لم يحنث حتى يصوم يوماً كاملاً.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَجْلِسُ عَلَى الأَرْضِ فَجَلَسَ عَلَى بِسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنه لا يسمى جالساً على الأرض بخلاف ما إذا حال بينه وبينها لباسه؛ لأنه تبع له، فلا يعتبر حائلاً، ولأن الجالس على الأرض هو من باشرها، ولم يحل بينه وبينها حائل منفصل عنه.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ) أي على هذا السرير (فَجَلَسَ عَلَى سَرِيرٍ فَوْقَهُ بِسَاطٌ) أو حصير (حَنِثَ)؛ لأنه يعد جالساً عليه.

ومعنى قوله: «على سرير»: أي على هذا السرير، ولهذا قال: بعد ذلك، فجعل فوقه سريراً آخر لا يتصور آخر من غير أن يسبقه مثله.

قوله: (وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ سَرِيرًا آخَرَ فَجَلَسَ عَلَيْهِ لَمْ يَحْنَثْ) هذا إذا كانت يمينه على سرير معرف بأن قال: على هذا السرير لا يحنث؛ لأنه لم يقعد على هذا السرير المحلوف عليه، وإنما قعد على غيره، فلا يحنث. أما إذا كانت يمينه على سرير منكر، فإنه يحنث. وعلى هذا إذا حلف لا ينام على هذا السطح، فبنى عليه سطحاً آخر، فجلس على الثاني لا يحنث لما بينا.

ولو حلف لا يجلس إلى هذا الحائط، فهدم، ثم بنى بنقضه لم يحنث بالجلوس إليه؛ لأنه لما انهدم زال الاسم عنه، وهذا حائط آخر لم يحلف عليه، وكذا إذا حلف لا يكتب بهذا القلم، فكسره من الموضع الذي براه، ثم براه ثانياً لم يحنث إذا كتب به.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ فَنَامَ عَلَيْهِ وَفَوْقَهُ قِرَامٌ حَنِثَ)؛ لأنه تبع

للفراش، فيعد نائماً عليه، والقرام المجلس.

قوله: (فَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ لَمْ يَحْنَثْ) هذا إذا حلف لا يجلس على هذا الفراش، وإنما لا يحنث؛ لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له، وهذا قول محمد، وهو الصحيح.

وعن أبي يوسف: يحنث؛ لأن ذلك يفعل لزيادة التوطئة، فصار نائماً على الفراش المحلوف عليه كما لو حلف لا يلبس هذا القميص، فلبسه فوق قميص آخر أنه يحنث لذلك كذا هذا.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ يَمِينًا وَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلاً بِيَمِينِهِ فَلاَ حِنْثَ عَلَيْهِ) سواء كان الاستثناء مقدماً أو مؤخراً بعد أن يكون موصولاً، وكذا إذا قال: إذا شاء الله، أو إلا أن يشاء الله، أو بقضاء الله، أو بقدرة الله، أو بما أحب الله، أو أراد الله، أو إن أعانني الله، أو بمعونة الله يريد الاستثناء، فهو مستثن فيما بينه وبين الله.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنه إِنْ اسْتَطَاعَ فَهُوَ عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ الْقُدْرَةِ) يعني استطاعة الحال. ومعناه: إذا لم يمرض، أو يجئ أمر يمنعه من إتيانه، فلم يأته حنث. فإن نوى استطاعة القضاء من قبل الله تعالى دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء.

وقيل: يدين في القضاء أيضاً؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، ويكفيه في الإتيان أن يصل إلى منزله لقيه أم لا، وكذا عيادة المريض إذا حلف بأن يعوده فعاده ولم يؤذن له بر في يمينه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُ فُلاَنًا حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوْ الْحِينَ أَوْ الزَّمَانَ فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ) هذا إذا لم يكن له نية. أما إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى، وإن قال: دهراً، أو الدهر، قال أبو حنيفة: إن كان له نية، فهو على ما نوى، وإن لم يكن له نية فما أدري ما الدهر.

وعندهما: إذا قال: دهراً فهو على ستة أشهر، وإن قال: الدهر، فهو على الأبد.

ومن أصحابنا من قال: لا خلاف في الدهر أنه الأبد، وهو الصحيح.

أما الحين والزمان: فتارة يكونان لأقل الأوقات، كقوله تعالى: ﴿ فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ۝ ﴾ [1]، وأراد به صلاة العصر وصلاة الصبح، ولا يجوز أن

(1) سورة الروم: 17.

يكون ذلك مراد الحالف؛ إذ لو أراده لامتنع من كلامه بغير يمين.

وتارة يقع على أربعين سنة، قال الله تعالى: ﴿ هَلۡ أَتَىٰ عَلَى ٱلۡإِنسَٰنِ حِينٞ مِّنَ ٱلدَّهۡرِ ﴾[1]، يعني أربعين سنة، ولا يجوز أن يكون ذلك مراد الحالف أيضاً؛ إذ لو أراده لقال أبداً.

وتارة يقع على ستة أشهر قال الله تعالى في النخلة: ﴿ تُؤۡتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينِۭ ﴾[2]، أي كل ستة أشهر؛ لأن من وقت انقطاع الرطب إلى وقت خروج الطلع ستة أشهر، وهذا أوسط ما قيل: في الحين، فكان أولى قال عليه السلام: «خير الأمور أوسطها»[3].

وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال: ما رأيته منذ زمان، ومنذ حين بمعنى واحد.

قوله: (**وَكَذَلِكَ الدَّهْرُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ**) يعني إذا حلف لا يكلمه دهراً، فعندهما: يقع على ستة أشهر.

وأما أبو حنيفة: فلم يقدر فيه تقديراً. وهذا الاختلاف في المنكر، هو الصحيح. أما المعرف بالألف واللام فالمراد به: الأبد في قولهم المشهور على جميع عمره.

وعن أبي حنيفة: أن الدهر ودهراً سواء، لا يعرف تفسيره.

ولو حلف لا يكلمه حقباً، فهو على ثمانين سنة، وإن قال: إلى بعيد، فهو شهر فصاعداً، وإن قال: إلى قريب فما دون الشهر.

ولو قال: لا أكلمه عاجلاً، فهو على أقل من شهر.

قوله: (**وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَى ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ**) اعتباراً لأقل الجمع. وإن قال: أياماً كثيرة؟

قال أبو حنيفة: فهو على عشرة أيام.

وعندهما: هو على أيام الأسبوع.

وإن قال: بضع عشرة يوماً، فهو على ثلاثة عشر؛ لأن البضع من ثلاثة إلى تسعة، فيحمل على أقلها.

قوله: (**وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُهُ الأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا**

---

(1) سورة الإنسان: 1.

(2) سورة إبراهيم: 25.

(3) قال الشوكاني في الفوائد المجموعة (ص 251): رواه البيهقي معضلاً.

عَلَى أَيَّامِ أُسْبُوعٍ) وإن حلف لا يكلمه الشهور، فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة.

وعندهما: على اثني عشر شهراً.

وإن حلف لا يكلمه الجمع، أو السنين، فهو على عشر جمع، وعشر سنين فصاعداً عند أبي حنيفة.

وعندهما: على جميع العمر.

وإن قال: لا أكلمه سنين، فهو على ثلاث سنين بالإجماع، وإن قال: جمعاً فهو ثلاث جمع بالإجماع.

ثم إذا حلف لا يكلمه الجمع، أو جمعاً فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة في قولهم جميعاً، وكذا إذا نذر صوم الجمع لم يلزمه صوم ما بينها.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَشْهُرٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا) وقد بيناه.

قال في الواقعات: إذا قال لامرأته: والله لا أكلمك ما دام أبواك حيين فمات أحدهما، ثم كلمها لا يحنث.

ولو حلف لا يكلم فلاناً فكتب إليه كتاباً، أو أرسل إليه رسولاً، فكلمه الرسول، أو أومأ إليه، أو أشار إليه لا يحنث. والكلام يقع على النطق دون هذه الأشياء، وكذا إذا حلف لا يحدث فلاناً، فهو على هذا.

قوله: (وَإِذَا حَلَفَ لاَ يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا)؛ لأن يمينه وقعت على النفي، والنفي لا يتخصص بزمان دون زمان، فحمل على التأبيد.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لَيَفْعَلَنَّ كَذَا فَفَعَلَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً بَرَّ فِي يَمِينِهِ)؛ لأن المقصود إيجاد الفعل، وقد وجده، وإنما يحنث بوقوع اليأس منه، وذلك بموته، أو بفوت محل الفعل.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلاَّ بِإِذْنه فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَخَرَجَتْ) ورجعت (ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَى بِغَيْرِ إِذْنِه حَنِثَ أَوْ لاَ بُدَّ مِنَ الإِذْنِ فِي كُلِّ خُرُوجٍ) فإن نوى الإذن مرة واحدة يصدق ديانة لا قضاء.

وفي الكرخي: يصدق ديانة، أو قضاء.

والحيلة في عدم الحنث: أن يقول: أذنت لك بالخروج في كل مرة، أو أذنت لك كلما خرجت، وإن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه، فأذن لها من حيث لا تسمع، فخرجت بعد الإذن حنث عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يحنث.

وقوله: «ولا بد من الإذن في كل خروج»: أو يقول: أذنت لك كلما خرجت.

قوله: (وَإِنْ قَالَ إِلاَّ أَنْ آذَنَ لَكِ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِه لَمْ يَحْنَثْ) وكذا إذا قال حتى أرضى، أو إلا أن أرضى، فإن نوى الإذن في كل مرة، فهو على ما نوى في قولهم جميعاً؛ لأنه شدد على نفسه.

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لاَ يَتَغَدَّى فَالْغَدَاءُ هُوَ الأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ وَالْعَشَاءُ مِنْ صَلاَةِ الظُّهْرِ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ)؛ لأنه مأخوذ من أكل العشي.

قال الخجندي: وهذا في عرفهم. أما في عرفنا فوقت العشاء من بعد صلاة العصر، ثم الغداء والعشاء عبارة عن الأكل الذي يقصد به الشبع في العادة في كل بلد في غالب عادتهم، حتى أن أهل الحضر إذا حلفوا على ترك الغداء، فشربوا اللبن لم يحنثوا؛ لأنهم لا يقصدون الشبع من ذلك في العادة، ولو كان هذا في البادية حنثوا؛ لأنه غداء عندهم.

ولو حلف لا يتغدى، فأكل فاكهة، أو تمراً حتى شبع لم يحنث، وكذا لحماً بغير خبز؛ لأن الغداء في غير البوادي لا يكون إلا على الخبز.

وعن أبي يوسف: في أكل الأرز والهريسة والفالوذج الحنث، وعنه أيضاً: في الهريسة والحلوى لا يحنث.

وغداء كل بلد ما يتعارفونه.

ويشترط في الغداء أن يكون أكثر من نصف الشبع، ولو حلف لا يتصبح؟ قال محمد: التصبح ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الأكبر.

قوله: (وَالسَّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ) وفي الكرخي: من بعد نصف الليل.

ولو حلف لا يأتدم فالإدام كل شيء يصبغ به الخبز، ويؤكل معه مختلطاً به كاللبن والخل والزيت والمرق والعسل. وأما ما لا يصبغ به فليس بإدام عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن ينويه مثل الشواء والجبن والبيض واللحم غير المطبوخ.

وقال محمد: هو إدام وإن لم ينوه والملح إدام بالإجماع؛ لأنه لا يؤكل بانفراده بخلاف اللحم وما يضاهيه، فإنه يؤكل وحده إلا أن ينويه، وإن ثرد خبز بماء وملح لم يكن إداماً؛ لأنه خلاف العرف. وأما السمن فذكر الخجندي أنه ليس بإدام عندهما.

وقال محمد: هو إدام والفاكهة ليست بإدام إجماعاً، والبقل والبطيخ والعنب ليس بإدام، والتمر والجوز ليس بإدام؛ لأن التمر يفرد بالأكل في الغالب.

وعن أبي يوسف ومحمد: أن التمر إدام؛ لأن النبي عليه السلام: «أخذ لقمة بيده وتمرة بيده الأخرى وقال: هذه إدام هذه»[1]، كذا في الكرخي.

وإن حلف لا يأكل فاكهة، فهو على ثلاثة أوجه:

1 - في وجه: يحنث إجماعاً، وهو ما إذا أكل المشمش، أو الفرسك، أو السفرجل، أو الإجاص، أو التين، أو البطيخ، أو نحوها، وكذا قصب السكر.

2- وفي وجه: لا يحنث بالإجماع، وهو ما إذا أكل القثاء، أو الخيار، أو الجزر، ونحو ذلك.

3- وفي وجه: اختلفوا فيه وهو الرمان والرطب والعنب؟ فعند أبي حنيفة: لا يحنث به؛ لأن الفاكهة عنده ما يقصد بأكله التفكه دون الشبع والرطب يؤكل للشبع والرمان لا يقصد أكله وإنما يمص، وكذا العنب.

وعندهما: كل ذلك فاكهة؛ لأنه من أعز الفواكه والتنعم به يفوق التنعم بغيره.

ولأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿ فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ﴿٦٨﴾ ﴾[2]، فعطفهما على الفاكهة. وقال في آية أخرى: ﴿ حَبًّا ﴿٢٧﴾ وَعِنَبًا وَقَضْبًا ﴿٢٨﴾ وَزَيْتُونًا وَنَخْلًا ﴿٢٩﴾ ﴾[3]. ثم قال: وفاكهة فعطف الفاكهة على العنب والرطب، والمعطوف غير المعطوف عليه، فإن نوى بدله لا آكل فاكهة العنب والرطب والرمان حنث إجماعاً؛ لأنه شدد على نفسه.

وإن حلف لا يأكل الحلوى، فهو على كل شيء حلو ليس في جنسه حامض كالخبيص والعسل والسكر، فإن أكل عنباً حلواً، أو رماناً حلواً، أو بطيخاً لم يحنث؛ لأن في جنس العنب والرمان ما هو حامض، وكذا الزبيب ليس من الحلوى؛ لأنه في جنسه حامض، فإن أكل تيناً، أو رطباً، فعن محمد: يحنث؛ لأنه ليس في جنسه حامض.

وإن حلف لا يأكل حلاوة، فهو مثل الحلوى، أو إن حلف لا يلبس حليّاً فلبس خاتماً من الفضة لم يحنث؛ لأنه في العرف ليس بحلي حتى أبيح للرجال، وإن كان من الذهب حنث؛ لأنه حلي حتى لا يباح للرجال، وإن لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة، وعندهما: يحنث، والفتوى على قولهما؛ لأنه حلي قال الله تعالى:

---

(1) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الأطعمة (باب أكل الخبز بالتمر) بلفظ: «عن عبد الله بن سلام قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ كسرة من خبز شعير، ثم أخذ تمرة، فوضعها عليها، ثم قال: هذه إدام هذه»، رواه أبو يعلى، وفيه يحيى بن العلاء، وهو ضعيف.

(2) سورة الرحمن: 68.

(3) سورة عبس: 27-29.

﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا﴾[1].

قوله: (وَإِنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَهُوَ دُونَ الشَّهْرِ) هذا إذا لم يكن له نية. أما إذا كانت فهو على ما نوى ما لم يكذبه الظاهر، وكذا لأقضينك عاجلاً.

ولو حلف ليعطينه حقه إذا صلى الظهر، فله وقت الظهر إلى آخره.

ولو حلف ليعطينه في أول الشهر الداخل، فله أن يعطيه قبل أن يمضي نصفه، فإن مضى نصفه قبل أن يعطيه حنث.

قوله: (وَإِنْ قَالَ إِلَى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ)؛ لأن ما دونه يعد قريباً.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ مِنْهَا بِنَفْسِهِ وَتَرَكَ أَهْلَهُ وَمَتَاعَهُ فِيهَا حَنِثَ)؛ لأنه يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً.

ومن حلف لا يسكن في بلد فخرج منه وترك أهله فيه لم يحنث؛ لأنه لا يقال لمن بالبصرة أنه ساكن في الكوفة بخلاف الدار.

قال في الكرخي: إذا حلف لا يسكن هذه الدار، فإنه لا يبر حتى ينتقل عنها بنفسه وأهله وأولاده الذين معه ومتاعه، فإن لم يفعل ذلك، ولم يأخذ في النقلة من ساعته، وهو يمكنه حنث.

قال في الهداية: ولا بد من نقل كل المتاع عند أبي حنيفة، حتى لو بقي فيها وتد حنث.

وقال أبو يوسف: يعتبر نقل الأكثر؛ لأن نقل الكل قد يتعذر.

وقال محمد: يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيه أي أثاث بيته؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى، وهذا أرفق بالناس.

وينبغي أن ينتقل إلى موضع آخر بلا تأخر حتى يبر، فإن تنقل إلى السكة، أو إلى المسجد، قالوا: لا يبر فإن كرهت المرأة الانتقال معه، فخرج هو ولم يعد لم يحنث، وكذا إذا وجد البيت مغلوقاً، ولم يقدر على فتحه فخرج، وترك متاعه لم يحنث، وكذا لو كانت اليمين في جوف الليل، فلم يمكنه الخروج حتى يصبح، أو كانت أمتعته كثيرة، فخرج وهو ينقلها بنفسه، ويمكنه استئجار الدواب والحمالين، فلم يفعل لم يحنث، وكذا إذا خرج لدابة يطلبها لينقل عليها المتاع لم يحنث.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لَيَقْلِبَنَّ هَذَا الْحَجَرَ ذَهَبًا انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ

---

(1) سورة الحج: 23.

وَحَنِثَ عَقِيبَهَا) أي بعد فراغه من اليمين.

وقال زفر: لا ينعقد يمينه؛ لأنه مستحيل عادة، فأشبه المستحيل حقيقة.

ولنا: أن البر متصور حقيقة؛ لأن الصعود إلى السماء غير مستحيل، وقد صعدت الأنبياء والملائكة عليهم السلام، وإنما ينقص قدرة غيرهم، وهذا إذا أطلق اليمين. أما إذا وقتها لا يحنث حتى يمضي الوقت، كما إذا قال: لأصعدن السماء اليوم، فإنه يحنث عند غروب الشمس عندهما.

وقال أبو يوسف: يحنث في الحال؛ لأنه إذا لم يترقب في اليمين بر حنث في الحال.

ولو حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد وزفر؛ لأنه ليس هناك ماء معقود عليه لا موجود ولا متوهم، فلم ينعقد يمينه، وليس هذا كمن حلف ليصعدن السماء، أو ليقلبن هذا الحجر ذهباً؛ لأن هذه الأفعال متوهم وجودها؛ لأنها قد تدخل تحت قدرة قادر؛ لأن الملائكة يصعدون السماء في كل وقت، إنما ينقص قدرة غيرهم، فإذا كانت اليمين متوهماً وجودها انعقدت بخلاف مسألتنا.

وقال أبو يوسف: يحنث في الحال؛ لأن عدم الماء يؤكد شرط الحنث هذا إذا لم يؤقت. أما إذا قال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم، ولا ماء فيه فهم كذلك أيضاً عندهم: لا يحنث.

وعند أبي يوسف: يحنث في الحال؛ لأن من أصله أن اليمين المؤقتة إذا لم يترقب لها بر منعقدة في الحال، فكأنه قال: لأشربن الماء الساعة، ولا ماء فيه فيحنث في الحال. هذا كله إذا حلف ولم يكن في الكوز ماء. أما إذا قال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز وفيه ماء فانصب حنث إجماعاً؛ لأن اليمين تناولت معقوداً عليه موجوداً، فإذا انعقدت يمينه، ثم عدم شرط البر فحنث، فإن وقت فقال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم، وفيه ماء فانصب قبل الغروب لم يحنث عندهما؛ لأن اليمين لم ينعقد؛ لأن المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت.

عندهما: فكأنه قال عند الغروب: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه؛ لأن يمينه لا تنعقد عندهما.

وقال أبو يوسف: يحنث عند الغروب. وأما لو انصب بعد الغروب يحنث إجماعاً؛ لأن اليمين انعقدت بالاتفاق، ثم عدم شرط البر فحنث.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ فُلاَنًا دَيْنَهُ الْيَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فُلاَنٌ بَعْضَهُ زُيُوفًا أَوْ

نَبَهْرَجَةً أَوْ مُسْتَحَقَّةً لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأن الزيافة عيب، والعيب لا يعدم الجنس، ولهذا لو تجوز بها صار مستوفياً، وقبض المستحقة صحيح، ولا يرتفع بردها البر المتحقق، الزيوف ما رده بيت المال، وهي دراهم فيها غش، والنبهرجة ما ضرب في غير دار الضرب.

قوله: (وَإِنْ وَجَدَهَا سَتُّوقَةً أَوْ رَصَاصًا حَنِثَ)؛ لأنهما ليسا من جنس الدراهم، الستوقة صفر مموه بالفضة، وهي المشبهة.

قال في الهداية: وإن باعه بدينه عبداً وقبضه بر في يمينه؛ لأن قضاء الدين طريقه المقاصة، وقد تحققت بمجرد البيع، وإن وهب له الدين لم يبر لعدم المقاصة؛ لأن القضاء فعله، والهبة إسقاط من صاحب الدين، فلم يوجد شرط البر.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لاَ يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبَضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ جَمِيعَهُ مُتَفَرِّقًا)؛ لأن الشرط قبض الكل، لكنه بوصف التفريق. ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معروف مضاف إليه، فينصرف إلى كله، فلا يحنث إلا به، ولأن يمينه وقعت على جميع دينه أن لا يقبضه متفرقاً، فإن أخذ بعضه لم يكن آخذاً لجميعه متفرقاً، فلا يحنث وإن أخذ بقيته، وقد كان أخذ بعضه متفرقاً حنث؛ لأنه عدم شرط البر، ولو كان قال: إن قبضت منه درهماً دون درهم، فعبدي حر فقبض بعضه ومضى حنث؛ لأن من للتبعيض، فكأنه قال: إن أخذت بعضه درهماً دون درهم، وقد فعل حنث متفرقاً؛ لأنه عدم شرط البر. وإن قال: إن قبضت اليوم درهماً دون درهم، فأخذ في أول النهار بعضه، وأخذ الباقي في آخر النهار حنث؛ لأن يمينه وقعت على أن يأخذه متفرقاً في اليوم، وقد أخذه فحنث. ولو جعل يزنه أولاً فأولاً لم يحنث؛ لأن هذا لا يعد متفرقاً؛ لأنه هكذا تستوفى الديون.

ولو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه ماله عليه فهرب، أو غالبه على نفسه، أو منعه إنسان منه، أو حال بينه وبينه لم يحنث؛ لأن يمينه وقعت على فعل نفسه، ولم يوجد منه مفارقته بنفسه.

فإن قال: لا يفارقني حتى أستوفي منه حقي فوجد ذلك منه حنث؛ لأنه حلف على فعل غيره، وقد وجد شرط الحنث، فحنث، كذا في شرحه.

قوله: (وَإِنْ قَبَضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ لَمْ يَتَشَاغَلْ بَيْنَهُمَا إِلاَّ بِعَمَلِ الْوَزْنِ لَمْ يَحْنَثْ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَفْرِيقٍ)؛ لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة، فيصير هذا القدر مستثنى منه، ولأن الديون، هكذا تقبض.

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّ الْبَصْرَةَ فَلَمْ يَأْتِهَا حَتَّى مَاتَ حَنِثَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ

أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ)؛ لأن البر قبل ذلك مرجو.

قال في الينابيع: حتى أنه إذا حلف بطلاق امرأته، فلا ميراث لها إذا لم يدخل بها ولا عدة عليها، وإن كان قد دخل بها فلها الميراث، وعليها العدة أبعد الأجلين بمنزلة الفار.

ولو ماتت هي لم تطلق؛ لأن شرط البر لم يتعذر بموتها.

قال في الكرخي: إذا قال لها: أنت طالق إن لم تأت البصرة ومات الزوج قبل أن تأتيها لم تطلق، وإن ماتت هي قبل الزوج في آخر جزء من أجزاء حياتها، ولم يرث الزوج منها؛ لأنه أسقط حقه بالطلاق، والله أعلم.

كتاب الدعوى

جمعه دعاوى.

والدعوى في اللغة: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره.

وفي الشرع: عبارة عن قول لا حجة لمدعيه على دعواه حتى أن من كان له حجة يسمى محقاً لا مدعياً، ويصح أن يقال: إن مسيلمة مدع للنبوة؛ لأنه لا دلالة معه، ولا يقال: إن النبي صلى الله عليه وسلم مدع للنبوة؛ لأن القرآن دل على صدقه، وكذا الحاكم إذا قامت عنده البينة لا يقال للطالب أنه مدع، وإنما يقال له ذلك قبل إقامتها، ويقال: كل من شهد على ما في يد غيره لنفسه فهو مدع، وكل من شهد أن ما في يد نفسه لنفسه فهو منكر، وكل من شهد أن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد، وكل من شهد أن ما في يد نفسه لغيره فهو مقر.

قوله رحمه الله: (**الْمُدَّعِي: مَنْ لاَ يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا. وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ: مَنْ يُجْبَرُ عَلَيْهَا إِذَا تَرَكَهَا**) ويقال المدعي هو كل من ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً، والمدعى عليه هو من ادعى ظاهراً وقرر الشيء على ما هو عليه ويسمى المنكر.

قوله: (**وَلاَ تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يُذَاكِرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ**) فجنسه أن يقول: ذهباً أو فضة.

وقدره أن يقول: عشرة دراهم أو خمسة دنانير؛ لأنه إذا لم يبين ذلك كان مجهولاً، والمجهول لا تصح إقامة البينة عليه. ولو نكل الخصم فيه عن اليمين لا يقضى عليه بشيء.

قوله: (**فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كُلِّفَ إِحْضَارَهَا لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى**) وكذا في الشهادة، والاستحلاف حتى يقول الشاهد: إن هذه العين حقه وكذا في الاستحلاف؛ لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة في المنقول؛ لأن النقل ممكن، والإشارة أبلغ في التعريف.

قوله: (**وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا**)؛ لأن العين لا تعرف بالوصف، وقد تتعذر مشاهدة العين، ويشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

قوله: (**وَإِذَا ادَّعَى عَقَارًا حَدَّدَهُ وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ**) لجواز أن يكون مرهوناً في يده، أو محبوساً بالثمن في يده، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، ولا بد من ذكر الجد عند أبي حنيفة هو الصحيح.

وقيل: يكتفى بذكر الأب في هذا الموضع، وإن كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره، فإن ذكر ثلاثة حدود يكتفى به عندنا لوجود الأكثر خلافاً لزفر، وكما يشترط التحديد في

الدعوى يشترط في الشهادة

قوله: (وَإِنْ كَانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ ذَكَرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ)؛ لأن صاحب الذمة قد حضر، فلم يبق إلا المطالبة، لكن لا بد من تعريفه بالوصف ليعرف به.

قوله: (فَإِذَا صَحَّتْ الدَّعْوَى سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْهَا فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا قَضَى عَلَيْهِ بِهَا) فإن قال المدعى عليه: لا أقر ولا أنكر فهو منكر عندهما فيستحلف.

وعند أبي حنيفة: ليس بمنكر فلا يستحلف، بل يحبس حتى يقر، فيقضي عليه، أو ينكر فيستحلف؛ لأن اليمين إنما تتوجه على المنكر صريحاً.

قوله: (وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ)؛ لأن من أصل أبي حنيفة أن لا يحلف المنكر إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة.

قوله: (فَإِنْ أَحْضَرَهَا قَضَى بِهَا وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ وَطَلَبَ يَمِينُ خَصْمِهِ اُسْتُحْلِفَ عَلَيْهَا) ولا يستحلفه إلا بمطالبته؛ لأن الاستحلاف حقه؛ لأنه يجوز أن يختار تأخير اليمين إلى أن يقدر على البينة، فإن استحلفه لم يأمن أن يرفعه إلى قاض آخر لا يرى سماع البينة بعد اليمين فلذلك وقفت اليمين على مطالبته. ثم إذا قطع القاضي الخصومة بيمين المدعى عليه، فالمدعي على دعواه بعد ذلك حتى لو أقام البينة بعد ذلك قبلت، فإذا قبلت هل يظهر كذبه أم لا؟

فعند محمد: لا يظهر كذبه.

وعند أبي يوسف: يظهر.

والفتوى أنه إذا ادعى المال من غير سبب فحلف، ثم أقام البينة لا يظهر كذبه بالبينة لجواز أنه وجد القرض ثم الإبراء.

وفي الجامع: رجل قال لامرأته: أنت طالق إن كان لفلان علي شيء، فشهد شاهدان أن فلاناً أقرضه ألفاً قبل اليمين، فقضى القاضي بالمال لا يحنث لجواز أنه وجد القرض ثم الإبراء. ولو شهد أن لفلان عليه ألفاً وقضى القاضي بذلك يحنث، كذا في النهاية.

{مطلب في اليمين}

قوله: (وَإِنْ قَالَ: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ وَطَلَبَ الْيَمِينَ لَمْ يُسْتَحْلَفْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) معناه: حاضرة في المصر.

وقال أبو يوسف: يستحلف.

وعن محمد: روايتان ذكره الخصاف أنه مع أبي يوسف، وذكر الطحاوي أنه مع أبي

حنيفة.

وأما إذا كانت البينة في مجلس الحكم لم يستحلف إجماعاً، وإن كانت خارج المصر يستحلف إجماعاً.

وإن قال: لي بينة غائبة فحلفه، فإن حلف ثم جاء بالبينة حلفه إجماعاً، فإن أحضر بينته بعد ما حلف قبلت بينته، وإن قال: لا بينة لي على دعواي، فحلفه الحاكم، ثم جاء بالبينة.

ذكر الخجندي: أنها تقبل عند أبي حنيفة، وقال: لا تقبل.

وفي شرحه: تقبل.

ولو قال: لا بينة لي وكل بينة لي، فهي زور بهتان، ثم أقام بينة قبلت عندهما.

وقال محمد: لا تقبل؛ لأنه مكذب لبينته بإقراره المتقدم، وهما يقولان: يجوز أن يكون له بينة قد نسيها، أو تكون له وهو لا يعرفها بأن يكون المدعى عليه قد أقر عند رجلين بغير علم المدعي، ثم علم المدعي بذلك ما سبق منه هذا القول.

قوله: (لاَ يَرُدُّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي) وقال الشافعي: ترد.

لنا: قوله عليه السلام: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[1].

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ فِي الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ) المطلق أن يدعي أن هذا ملكه، ولا يزيد عليه، وإن قال: اشتريته، أو ورثته لا يكون دعوى ملك مطلق.

قال في الهداية: وبينة الخارج أولى.

وقال الشافعي: يقضي بينة ذي اليد لاعتضادها باليد، فيقوى الظهور.

ولنا: أن بينة ذي اليد لا تفيدنا أكثر مما تفيدنا يده، فلا معنى لسماعها، ولأن يده قد دلت على الملك، فكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً وإظهاراً.

قوله: (وَإِذَا نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ الْيَمِينِ قَضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَلَزِمَهُ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ) وعند الشافعي: لا يقضي عليه، بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف قضى عليه

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (175/2): حديث: «البينة على المدعى، واليمين على من أنكر». البيهقي من حديث ابن عباس بهذا. وأصله في الصحيحين بلفظ: «اليمين على المدعى عليه».

وفي الباب: عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عند الدارقطني، وزاد في آخره: «إلا في القسامة». وأخرج من حديث أبي هريرة مثله، قال ابن عدي: اضطرب فيه مسلم بن خالد. وعن برة بنت أبي تجزئه أخرجه الواقدي في المغازي.

به، ثم النكول:

1 - قد يكون حقيقةً كقوله: لا أحلف.

2- وحكماً: بأن يسكت، وحكمه حكم الأول إذا لم يكن أخرس، ولا أصم.

ثم النكول عند أبي حنيفة: قائم مقام البذل.

وعندهما: قائم مقام الإقرار؛ لأن النكول يثبت حكمه من المكاتب والمأذون والوكيل وهؤلاء لا يصح بذلهم، فلو كان بذلاً لم يصح منهم، فدل على أنه قائم مقام الإقرار.

وله: أن المدعى عليه لما كان بريئاً في الظاهر من الدعوى جعل له الخيار بين إسقاطها عن نفسه باليمين، أو بالتزام الحق، وبدله فلما اختار إحداهما كان باذلاً لما اختاره، ولأن الواهب لما كان مخيراً بين أن يهب وبين أن لا يهب، فإذا وهب كان باذلاً لما وهب ولا كذلك الإقرار؛ لأنه إن كان حقّاً وجب عليه أن يقر به، ولا يحل له تركه، وإن لم يكن حقّاً لم يجز له أن يقر به؛ لأنه يكون كاذباً، ولا يجوز أن يتعمد الكذب.

قوله: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ: إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْك الْيَمِينَ ثَلَاثًا فَإِنْ حَلَفْت وَإِلاَّ قَضَيْت عَلَيْك بِمَا ادَّعَاهُ فَإِذَا كَرَّرَ عَلَيْهِ الْعَرْضَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ قَضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ) هذا احتياط.

فلو قضى عليه بالنكول بعد العرض مرة واحدة جاز.

وصورة العرض: أن يقول له القاضي: احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال، فإن أبى أن يحلف يقول: له ذلك في المرة الثانية، فإن أبى يقول له: بقيت الثالثة، فإن لم تحلف قضيت عليك بالنكول، فإن حلف، وإلا قضى عليه قالوا: فإذا حلف، فأقام المدعي البينة قضى بها لما روي عن عمر وشريح وطاوس أنهم قالوا: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة.

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى نِكَاحًا لَمْ يُسْتَحْلَفْ الْمُنْكِرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن النكول عنده بمنزلة البذل، والنكاح لا يصح بذله.

وفائدة اليمين النكول، فلهذا لم يستحلف فيه، ولا نفقة لها في مدة المسألة عن الشهود.

قال في الذخيرة: إذا قالت المرأة للقاضي: لا يمكنني أن أتزوج؛ لأن هذا زوجي، وقد أنكر النكاح، فليطلقني لأتزوج، والزوج لا يمكنه أن يطلقها؛ لأنه بالطلاق يصير مقراً بالنكاح، فماذا يصنع؟

قال فخر الإسلام: يقول القاضي للزوج: قل لها: إن كنت امرأتي، فأنت طالق ثلاثاً، فإنه على هذا التقدير لا يصير مقراً النكاح، ولا يلزمه شيء.

قوله: (وَلاَ يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالْفَيْءِ فِي الإِيلاَءِ وَالرِّقِّ وَالاسْتِيلاَدِ وَالْوَلاَءِ وَالنَّسَبِ وَالْحُدُودِ) وهذا عند أبي حنيفة لما بينا، أن فائدة اليمين النكول، وهو قائم مقام البذل عنده، وهذه الأشياء لا يصح بذلها.

وصورة هذه المسائل إذا قال لها: بلغك النكاح، فسكت فقالت: رددت، فالقول قولها، ولا يمين عليها، وكذا إذا ادعت هي النكاح عليه، فأنكر لم يستحلف.

وصورة الرجعة: ادعت عليه قبل انقضاء عدتها أنه راجعها في العدة، أو ادعى هو ذلك عليها.

وصورة الفيء: ادعى المولى عليها بعد انقضاء العدة أنه فاء إليها في المدة، أو هي ادعت ذلك عليه.

وصورة الرق: ادعى على مجهول أنه عبده، أو ادعى المجهول أنه مولاه، وأنكر الآخر.

وصورة الاستيلاد: أن تقول الجارية: أنا أم ولد لمولاي، وهذا ابني منه وأنكر المولى، أو ادعت أنها ولدت منه ولداً قد مات، وأنكر المولى.

وأما المولى إذا ادعى الاستيلاد يثبت بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها.

ففي هذه المسائل يتصور الدعوى من الجانبين لا في الاستيلاد خاصة.

وصورة الولاء: ادعى مجهول على معروف أنه أعتقه، أو ادعى المعروف عليه ذلك، أو كان ذلك في ولاء الموالاة.

وصورته في النسب: ادعى على مجهول أنه ولده بأن قال: هذا ابني وهو ينكر، أو يدعي هو عليه.

وأما الحدود: فأجمعوا أنه لا يستحلف فيها إلا في السرقة، فإنه يستحلف فيها لأجل المال.

وصورته: ادعى على آخر سرقة، فأنكر، فإنه يستحلف فيه بالإجماع، فإن نكل لم يقطع، ويضمن المال، وكذا اللعان لا يستحلف فيه بالإجماع؛ لأنه في معنى الحدود.

وصورته: ادعت على زوجها أنه قذفها، وأرادت استحلافه، فإنه لا يستحلف.

ثم معنى قوله: «لا يستحلف في النكاح»: يعني إذا لم يقصد به المال. أما إذا قصد به ذلك وجب الاستحلاف بأن ادعت أنه تزوجها على كذا، وأنه طلقها قبل الدخول فلزمه نصف مهرها، فإنه يستحلف لها بالإجماع، وكذا إذا قصد الإرث والنفقة، كذا في

المصفى.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إلاَّ فِي الْحُدُودِ وَاللِّعَانِ) والفتوى على قولهما ذكره في الكنـــز، وذلك؛ لأن النكول عندهما إقرار. والإقرار يجري في هذه الأشياء، لكنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان في معنى الحد.

وأما دعوى القصاص فيستحلف فيها استحساناً؛ لأن النبي عليه السلام استحلف في القسامة، فإن كانت دعوى القصاص في النفس، فامتنع المدعى عليه من اليمين حبس حتى يحلف، أو يقر؛ لأن حرمة النفس مستعظمة، فلم يحكم فيها بالنكول. يعني إذا حلف، فإنه يبرأ، وإن نكل لا يقضى عليه بشيء، ولكنه يحبس حتى يقر، أو يحلف، وهذا قول أبي حنيفة.

وعندهما: يقضى عليه بالدية إذا نكل.

وقال زفر: يقضى عليه بالقصاص، وإن كان القصاص فيما دون النفس، فإنه إن حلف فيها برئ، وإن نكل اقتص منه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقضى عليه بالأرش.

قال في المنظومة:

يقتص بالنكول في الأطـــراف وفي النفوس الحكم بالخلاف

يحبس كي يقر أو كي يقسما وبالنكول المال قالا فيهما

{مطلب فيما يدعيه الرجلان}

قوله: (وَإِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا) يعني إذا ادعيا ذلك ملكاً مطلقاً، ولا تاريخ معهما، أو كان تاريخهما واحداً، فإن كانت بينة أحدهما أسبق تاريخاً فهي له عندهما.

وقال محمد: يقضى بها بينهما نصفين، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فهي بينهما نصفان عند أبي حنيفة، ولا عبرة للوقت.

وقال أبو يوسف: يقضى بها لصاحب التاريخ.

وقال محمد: يقضى بها للذي لم يؤرخ. وهذا إذا كانت العين في يد ثالث. أما إذا كانت في يد أحدهما قضى بها للخارج إلا أن يذكرا تاريخاً تاريخ صاحب اليد أسبق، فحينئذ يكون صاحب اليد أولى من الخارج.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ لَمْ يُقْضَ بِوَاحِدَةٍ مِنْ

الْبَيِّنَتَيْنِ) لتعذر العمل بهما؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك.

قوله: (وَرَجَعَ إِلَى تَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ لأَحَدِهِمَا) فإن لم تصدق أحدا منهما فرق بينهما وبينها، فإن دخلا بها، فعلى كل واحد منهما نصف المهر، فإن ماتا فلها نصف المهر، ونصف ميراث كل واحد منهما، فإن ماتت هي قبل الدخول، فعلى كل واحد منهما نصف المسمى، وإن مات أحدهما فقالت المرأة: هو الأول فلها المهر والميراث.

قال في شرحه: وإنما يرجع إلى تصديقها إذا لم تكن في بيت أحدهما، أو لم يدخل بها، أو لم يكن وقت أحدهما أسبق، فإن وجد أحد هذه الأشياء فصاحبها أولى.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى اثْنَانِ عَلَى رَجُلٍ كُلُّ وَاحِد مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هَذَا الْعَبْدَ) معناه من صاحب اليد (وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْعَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ)؛ لأن كل واحد منهما عاقد على الجملة، وقد سلم له نصفها، ولم يسلم له الباقي، فكان له الخيار بين الأخذ والترك. هذا إذا لم يؤرخا، فإن أرخا فأسبقهما تاريخاً أولى، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر قضي به لصاحب التاريخ بخلاف ما إذا ادعيا تلقي الملك من رجلين، فإنه هناك إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فهو بينهما نصفان.

قوله: (فَإِنْ قَضَى بِهِ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا: لاَ أَخْتَارُ) أي لا أختار النصف بنصف الثمن (لَمْ يَكُنْ لِلآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهُ) هذا إذا كان بعد القضاء. أما إذا اختار أحدهما الترك قبل أن يقضي القاضي فللآخر أن يأخذ الجميع بجميع الثمن.

قوله: (وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا)؛ لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد ويرد البائع على الثاني الثمن الذي دفعه إليه؛ لأنه دفع ذلك إليه ليسلم له المبيع، فإذا لم يسلم له كان له الرجوع.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ فَهُوَ أَوْلَى) معناه: أنه في يده؛ لأن تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه، فإن ذكر صاحبه بعد ذلك وقتاً لم يلتفت إليه إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء الذي هو في يده؛ لأن الصريح يفوق الدلالة.

قوله: (فَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا) معناه: من واحد. أما إذا كان من اثنين تقبل البينتان ويتنصف (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ وَلاَ تَارِيخَ مَعَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَى)؛ لأنا إذا لم نعلم تاريخهما حكمنا بوقوع العقدين معاً، وإذا حكمنا بهما معاً قلنا: عقد الشراء يوجب الملك بنفسه، وعقد الهبة لا يوجب الملك، إلا بانضمام القبض، فسبق الملك في البيع الملك في الهبة، فكان أولى.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ وَادَّعَتْ امْرَأَةٌ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا سَوَاءٌ) هذا قول أبي يوسف، وقال: الشراء أولى من النكاح، ولها على الزوج القيمة؛ لأن من أصله تصحيح البينتان ما أمكن، ويمكن تصحيحهما هنا بأن يقال: النكاح لا يحتاج إلى تسمية عوض في صحته، والبيع لا بد من تسمية العوض في صحته، فصار عقد البيع منعقداً على المسمى، والنكاح منعقداً على غير المسمى، وترجع المرأة بقيمة العبد على الزوج؛ لأن سبب الاستحقاق قائم، وهو النكاح، وقد تعذر تسليمه، فرجع إلى قيمته.

ولأبي يوسف: أن النكاح والبيع يتساويان في وقوع الملك بنفس العقد، فهو كالبيعين، فعلى هذا تأخذ المرأة من الزوج نصف القيمة.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا فَالرَّهْنُ أَوْلَى مِنْ الْهِبَةِ) يعني بغير عوض. أما إذا كانت بشرط العوض فهي أولى؛ لأنها بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن.

وقوله: «فالرهن أولى»: هذا إذا كانت دعواهما من واحد. أما إذا كانا من اثنين فهما سواء.

قوله: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ وَالتَّارِيخِ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الأَبْعَدِ أَوْلَى)؛ لأنه أثبت أنه أول المالكين، فإن كان المدعى به دابة، أو أمة فوافق سنها أحد التاريخين كان أولى؛ لأن سن الدابة مكذب لأحدهما، فكان من صدقه أولى.

قوله: (فَإِنْ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ) معناه: من غير صاحب اليد (وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى تَارِيخَيْنِ فَالأَوَّلُ أَوْلَى)؛ لأنه أثبته في وقت لا منازعة له فيه.

قوله: (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى الشِّرَاءِ مِنْ آخَرَ وَذَكَرَا تَارِيخًا فَهُمَا سَوَاءٌ)؛ لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما، فيصيرا كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك من غير تاريخ.

وقوله: «وذكرا تاريخا فهما سواء»: يعني تاريخاً واحداً، أو كان أحدهما أسبق، أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر.

وقوله: «فهما سواء»: ويخير كل واحد منهما إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء ترك، وإن وقتت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضى بها بينهما نصفين؛ لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقديم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً؛ لأنهما اتفقا أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً حكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره.

قوله: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ وَأَقَامَ صَاحِبُ الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا كَانَ أَوْلَى) هذا عندهم.

وقال محمد: لا تقبل بينة ذي اليد، وكأنهما أقاما البينة على الملك، فيكون بينهما.

قوله: (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ وَصَاحِبُ الْيَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا بَيِّنَةً بِالنِّتَاجِ فَصَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى) وهذا هو الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان: أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء.

وفائدته: أنه إذا أقام الخارج بينة بعد ذلك تقبل عند ابن أبان؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه عنده، وعندنا: لا يقبل.

قوله: (وَكَذَلِكَ النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لاَ تُنْسَجُ إِلاَّ مَرَّةً وَاحِدَةً) كغزل القطن (وَكُلُّ سَبَبٍ فِي الْمِلْكِ لاَ يَتَكَرَّرُ) كالأواني إذا كسرت لا تعود.

وأما التي تتكرر مرة بعد أخرى، فإنه يقضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق، وذلك مثل الثوب المنسوج من الشعر والبناء والغرس، فإن أشكل أنه يتكرر أولاً، فإنه يرجع فيه إلى أهل الخبرة، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج، وكل ما يصنع من الذهب والفضة والحديد والصفر والزجاج، فإنه يتكرر ولا يكون بمنزلة النتاج، وإن كان حلياً قضى به للخارج؛ لأن الحلي يصاغ مرة بعد أخرى.

قوله: (فَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجُ بَيِّنَةً عَلَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وَصَاحِبُ الْيَدِ بَيِّنَةً عَلَى الشِّرَاءِ مِنْهُ كَانَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى)؛ لأن البينة الأولى إن كانت أثبتت أولية الملك، فهذا تلقى منه.

قوله: (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنَ الآخَرِ وَلاَ تَارِيخَ مَعَهُمَا تَهَاتَرَتْ الْبَيِّنَتَانِ) أي تساقطتا وبطلتا وتركت الدار في يد ذي اليد، وهذا عندهما.

وقال محمد: اقض بالبينتين واجعل الخارج هو الذي اشتراه آخراً، فيكون له.

قوله: (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ الْمُدَّعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ وَالآخَرُ أَرْبَعَةً فَهُمَا سَوَاءٌ)؛ لأن شهادة الأربعة كشهادة الاثنين.

قوله: (وَمَنْ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَ اُسْتُحْلِفَ فَإِنْ نَكَلَ عَنْ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبِسَ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يَحْلِفَ) وهذا عند أبي حنيفة (وَعِنْدَهُمَا يَلْزَمُهُ الأَرْشُ فِيهِمَا)؛ لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما، فلا يثبت به القصاص ويثبت به الأرش.

ولأبي حنيفة: أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال.

قوله: (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ قِيلَ: لِخَصْمِهِ أَعْطِهِ كَفِيلًا بِنَفْسِك ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ فَعَلَ وَإِلاَّ أُمِرَ بِمُلَازَمَتِهِ) كي لا يذهب حقه وقوله حاضرة، أي في المصر حتى لو قال: لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة، وهو الصحيح. ولا فرق بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير. ولا بد من قوله: لي بينة حاضرة للتكفيل.

قال في شرحه: يؤمر بإعطاء الكفيل؛ لأنه أخف عليه من الملازمة، ولا يجبر على ذلك، فإن فعل أسقط الملازمة عن نفسه، وإن لم يفعل بقيت الملازمة عليه.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا عَلَى الطَّرِيقِ فَيُلَازِمُهُ مِقْدَارَ مَجْلِسِ الْقَاضِي) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس، والاستثناء منصرف إليهما أي إلى أخذ الكفيل والملازمة؛ لأن في الملازمة وأخذ الكفيل أكثر من ذلك زيادة ضرر به يمنعه من السفر ولا ضرر في هذا المقدار.

وقوله: بملازمته ليس تفسيراً لملازمة المنع من الذهاب، لكن يذهب الطالب معه ويدور معه أينما دار، فإذا انتهى إلى باب داره، وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول، فإن أذن له دخل معه، وإن لم يأذن له يحبسه على باب داره، ويمنعه من الدخول، كذا في الفوائد.

ثم إذا لازم المدعي غريمه بإذن القاضي ليس له أن يلازمه بغلامه ولا بغيره، وإنما يلازمه بنفسه إذا لم يرض المدعى عليه؛ لأنه هو الخصم وحده، كذا في الفتاوى.

قوله: (فَإِنْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ الْغَائِبُ أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي أَوْ غَصَبْته مِنْهُ وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ فَلاَ خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي) وكذا إذا قال: أعارنيه، أو آجرنيه وأقام بينة؛ لأنه أثبت أن يده ليست يد خصومة، ولا تندفع عنه الخصومة بمجرد دعواه إلا إذا أقام البينة.

وقال ابن أبي ليلى: تندفع بقوله مع يمينه.

وقال ابن شبرمة: لا تندفع عنه، ولو أقام البينة.

وقال أبو يوسف: إن كان الرجل صالحاً وأقام بينة اندفعت الخصومة، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه؛ لأن المحتال قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه، ويشهد عليه، فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضي لا يقبله، ولأنه قد يغصب مال إنسان ويدفعه في السر إلى من يريد السفر ويأمره أن يودعه إياه علانية، ويشهد عليه الشهود حتى إذا ادعاه المالك المغصوب منه يقيم ذو اليد البينة أنه مودع فلان الغائب ليدفع الخصومة عن

نفسه، فإذا اتهمه القاضي لا يقبل منه.

أما إذا كان عدلاً، فإنه يقبل منه، ولو أن المدعي إذا كان يدعي الفعل على صاحب اليد كما إذا قال: غصبت مني هذا الشيء، أو سرقته، فإنه لا تقبل بينة المدعى عليه، ولا يدفع الخصومة عن نفسه بالإجماع، وإن أقام ذو اليد بينة على الوديعة، وإن قال: غصب مني على ما لم يسم فاعله اندفعت بالإجماع.

قوله: (وَإِنْ قَالَ: ابْتَعْته مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ فَهُوَ خَصِيمٌ)؛ لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً بخلاف المسألة الأولى.

قوله: (وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي: سُرِقَ مِنِّي وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَقَالَ صَاحِبُ الْيَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ لَمْ تَنْدَفِعْ الْخُصُومَةُ) هذا قولهما.

وقال محمد: تندفع؛ لأنه يدع الفعل عليه، فصار كما إذا قال: غصب مني على ما لم يسم فاعله.

ولهما: أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه، وإقامة لحسبة الستر، فصار كما إذا قال: سرقت بخلاف الغصب؛ لأنه لا حد فيه، فلا يحترز عن كشفه.

قوله: (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي: ابْتَعْته مِنْ فُلَانٍ) أي من زيد (وَقَالَ صَاحِبُ الْيَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ ذَلِكَ بِعَيْنِهِ سَقَطَتْ الْخُصُومَةُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ)؛ لأنهما توافقا على أصل الملك فيه لغيره، فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته، فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم بينة أن فلاناً وكله بقبضه؛ لأنه أثبت ببينة أنه أحق بإمساكها.

{مطلب في كيفية اليمين والاستحلاف}

قوله: (وَالْيَمِينُ بِاَللَّهِ تَعَالَى دُونَ غَيْرِهِ) لقوله عليه السلام: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»[1].

قوله: (وَيُؤَكِّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ) يعني بدون حرف العطف، مثل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحيم الرحمن ما لفلان عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (90/2): حديث: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» أخرجه الجماعة إلا النسائي من حديث ابن عمر في قصة، وفيه: «أو ليسكت». وللشيخين من وجه آخر عنه: «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله».

وأما بحرف العطف، فإن اليمين تتكرر عليه، والمستحق عليه يمين واحدة، فإنه لو قال: والله والرحمن والرحيم كان أيماناً ثلاثاً، وإن شاء القاضي لم يغلظ فيقول: والله أو بالله وقيل: لا يغلظ على المعروف بالصلاح، ويغلظ على غيره.

وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير من المال.

قوله: (وَلاَ يُسْتَحْلَفُ بِالطَّلاَقِ وَلاَ بِالْعَتَاقِ) وقيل: في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلفه بذلك لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله تعالى وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق، كذا في الهداية.

وفي النهاية: ذكر بعضهم أن القاضي إذا حلف المدعى عليه بالطلاق نكل لا يقضى بالنكول؛ لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، وإن قال المدعى عليه: الشاهد كاذب وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلفه، وكذا لا يحلف الشاهد؛ لأنا أمرنا بإكرام الشهود، وليس من إكرامهم استحلافهم.

قوله: (وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى وَالْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ) وعن أبي حنيفة: لا يستحلف أحد إلا بالله خاصة.

وذكر الخصاف: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله؛ لأن ذكر النار مع اسم الله تعظيماً لها، فلا ينبغي أن تذكر بخلاف الكتابين؛ لأن كتب الله معظمة، ويستحلف الوثني بالله تعالى خاصة، ولا يستحلف بالله الذي خلق الوثن.

قوله: (وَلاَ يَحْلِفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَاتِهِمْ)؛ لأن القاضي ممنوع من أن يحضرها.

قوله: (وَلاَ يَجِبُ تَغْلِيظُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلاَ بِمَكَانٍ)؛ لأن المقصود تعظيم المقسم به، وهو حاصل بدون ذلك.

قوله: (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْتَاعَ مِنْ هَذَا عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَهُ اُسْتُحْلِفَ بِاللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِي الْحَالِ وَلاَ يُسْتَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا بِعْتُ)؛ لأنه قد يباع الشيء، ثم يقال فيه، أو يرد بالعيب.

قوله: (وَيُسْتَحْلَفُ فِي الْغَصْبِ بِاللَّهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْك رَدَّ هَذِهِ الْعَيْنِ وَلاَ رَدَّ قِيمَتِهَا وَلاَ يُسْتَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا غَصَبْتُ)؛ لأنه يجوز أن يكون غصبه، ثم رده إليه، أو وهبه منه، أو اشتراه منه، وكذا دعوى الوديعة والعارية لا يستحلف بالله ما أودعك ولا أعارك، ولكن يستحلف بالله ما يستحق عليك رد هذه العين ولا رد قيمتها، وإنما ذكر القيمة لجواز أن يكون تلفت عند المودع والمستعير بتعد منهما.

قوله: (وَفِي النِّكَاحِ بِاللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَالِ) هذا على قول من يستحلف في النكاح، وإنما استحلف على هذه الصفة لجواز أن يكون تزوجها، ثم طلقها وبانت منه، أو خالعها، فإذا حلفه الحاكم يقول: فرقت بينكما كذا روي عن أبي يوسف.

وقال بعضهم يقول القاضي: إن كانت امرأتك، فهي طالق.

والفرق بين قضاء الترك وقضاء الإلزام: أن في قضاء الإلزام إذا ادعى ثالث وأقام البينة لا تسمع بينته إلا بالتلقي منه بخلاف قضاء الترك، فإنه تقبل بينته بدون التلقي منه، فإذا حلفه الحاكم يقول: فرقت بينكما هكذا روي عن أبي يوسف.

وقال بعضهم: يقول القاضي: إن كانت امرأتك فهي طالق، فيقول الزوج: نعم.

والحيلة في دفع اليمين في دعوى النكاح على قولهما: أن تتزوج بزوج آخر، فإن بعد ما تزوجت لا تستحلف للمدعي، كذا في الذخيرة، ولا نفقة لها في مدة المسألة عن الشهود، ولو كان الزوج هو المدعي وأقام البينة لا نفقة لها أيضاً؛ لأن إنكارها للنكاح أكثر من النشوز.

قوله: (وَلاَ يُسْتَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا طَلَّقْتُهَا) لجواز أن يكون طلقها واحدة، ثم استرجعها، أو طلقها ثلاثاً، ثم رجعت إليه بعد زوج.

{مطلب في التنازع بالأيدي}

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا وَالآخَرُ نِصْفَهَا وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَلِصَاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِهَا وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبُعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن صاحب النصف لا يزاحم صاحب الجميع في النصف الباقي، فانفرد به صاحب الجميع، والنصف الباقي استوت منازعتهما فيه، فكان بينهما نصفين. وهذه القسمة على طريق المنازعة.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ بَيْنَهُمَا أَثْلاَثًا)؛ لأن صاحب الجميع يدعي سهمين، وصاحب النصف يدعي سهماً، فضرب كل واحد منهما بما يدعيه، وذلك ثلاثة أسهم. وهذه القسمة على طريق العول.

قوله: (وَلَوْ كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا سَلِمَ لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ نِصْفُهَا عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ) وهو الذي في يد شريكه (وَنِصْفُهَا لاَ عَلَى وَجْهِ الْقَضَاءِ) وهو الذي في يده ومعناه قضاء ترك لا قضاء إلزام.

وقيل: قضاء إلزام وذلك؛ لأن ما في يد كل واحد منهما نصفها، فبينة صاحب الجميع غير مقبولة على النصف الذي في يده وقبلت على النصف الذي في يد صاحبه،

وبينة صاحب النصف غير مقبولة؛ إذ النصف في يده حكمنا لصاحب الجميع بالنصف الذي في يد صاحبه، وبقي النصف الآخر في يده على ما كان عليه، فلهذا قلنا: إن صاحب الجميع يأخذ نصفها على وجه القضاء، والنصف الثاني يترك في يده لا على وجه القضاء. وهذا كله إذا أقاما البينة. فأما إذا لم تكن لهما بينة، فلا يمين على مدعي الجميع؛ لأن مدعي النصف أقر له بنصف الدار، ويدعي أن النصف الذي في يد نفسه له، فلا يمين على مدعي الجميع؛ لأن صاحب الجميع لا يدعي ذلك النصف الذي في يده ويحلف مدعي النصف، فإذا حلف ترك الدار في أيديهما نصفين، وإن نكل قضى له.

مسألة: دار في يد ثلاثة:

أحدهم: يدعي جميعها.

والثاني: ثلثيها.

والثالث: نصفها.

وأقام كل واحد منهم البينة على ما ادعاه فعند أبي حنيفة: تقسم بينهم على طريق المنازعة، فتكون من أربعة وعشرين، لصاحب الجميع خمسة عشر، ولصاحب الثلثين ستة، ولصاحب النصف ثلاثة. وطريق ذلك: أنا نسمي مدعي الكل الكامل، ومدعي الثلثين الليث، ومدعي النصف النصر، فتجعل الدار على ستة لحاجتنا إلى الثلثين والنصف فيكون في يد كل واحد سهمان. ثم يجمع بين دعوى الكامل والليث على ما في يد نصر، فالكامل يدعي كله، والليث يدعي نصفه؛ لأنه يقول: حقي الثلثان وبيدي الثلث بقي لي الثلث نصفه في يد الكامل ونصفه في يد نصر. ومخرج النصف اثنان فالنصف للكامل بلا منازعة، والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه، فيقسم بينهما نصفين وهو منكسر، فاضرب اثنين في ستة يكون اثني عشر، ويجمع بين دعوى الكامل ونصر على ما في يد الليث، وهو أربعة من اثني عشر، فالكامل يدعي كله، ونصر يدعي ربعه؛ لأنه يقول: حقي النصف ستة معي منه الثلث أربعة بقي السدس سهمان سهم في يد الليث وسهم في يد الكامل، فسلم ثلاثة للكامل وتنازعا في سهم فانكسر، فاضرب اثنين في اثني عشر يكون أربعة وعشرين، فيجعل في يد كل واحد ثمانية. ثم يجمع بين دعوى الكامل والليث على الثمانية التي في يد نصر، فأربعة سلمت للكامل بلا منازعة؛ لأن الليث لا يدعي إلا ستة عشر من الكل بثمانية منها في يده، وأربعة في يد نصر وأربعة في يد الكامل، فبقيت الأربعة الأخرى بينهما نصفين لاستوائهما في المنازعة، فيحصل للكامل ستة ولليث سهمان، ثم يجمع بين دعوى الكامل ونصر على ما في يد الليث، فنصر يدعي ربع ما في يده سهمين، فالستة سلمت للكامل، واستوت منازعتهما في سهمين فلكل واحد سهم،

فحصل للكامل سبعة ولنصر سهم، ثم يجمع بين دعوى الليث، ونصر على ما في يد الكامل فالليث يدعي نصف ما في يده أربعة ونصر يدعي لأربع ما في يده سهمين، وفي المال سعة فأخذ الليث أربعة ونصر سهمين، ويبقى للكامل سهمان. فإذا حصل للكامل مما في يد نصر ستة، ومما في يد الليث سبعة ومعه سهمان، صار ذلك خمسة عشر وهي خمسة أثمان الدار وحصل لليث من نصر سهمان، ومن الكامل أربعة فذلك ستة، وهو ربع الدار وحصل لنصر من الليث سهم ومن الكامل سهمان فذلك ثلاثة، وهو ثمن الدار. وبالاختصار تكون من ثمانية فخمسة أثمانها للكامل، وربعها لليث، وثمنها لنصر، وهذا قول أبي حنيفة.

وعلى قولهما: تقسيم الدار بينهم على طريق العول، فتصح من مائة وثمانين سهماً.

ووجهه: أن يجمع بين دعوى الكامل، والليث على نصر، فالكامل يدعي كله والليث نصفه، وأقل مال له نصف اثنان، فالكامل يضرب بكله سهمين، والليث بنصف سهم، وعالت إلى ثلاثة، ثم يجمع بين دعوى الكامل، ونصر على الليث، فالكامل يدعي كله، ونصر يدعي ربعه ومخرج الربع أربعة يضرب هذا بربعه، وهذا بكله فعالت إلى خمسة، ويجمع بين دعوى الليث، ونصر على الكامل، فالليث يدعي نصف ما في يده ونصر يدعي ربعه وذلك من أربعة، فيجعل ما في يده على أربعة ،وفيه سبعة فنصفه سهمان لليث، وربعه سهم لنصر يبقى الربع للكامل، فحصل ثلاثة وأربعة وخمسة وكلها متباينة، فاضرب الثلاثة في الأربعة، ثم في الخمسة يكون ستين والدار بينهم على ثلاثة، فاضرب الستين في ثلاثة تكون مائة وثمانين يكون بيد كل واحد منهم ستون فما في يد نصر ثلثه لليث عشرون وثلثاه للكامل أربعون والذي في يد الليث خمسه لنصر وهو اثني عشر وأربعة أخماسه للكامل وذلك ثمانية وأربعون. والذي في يد الكامل نصفه لليث وذلك ثلاثون وربعه لنصر، وذلك خمسة عشر، ويبقى في يده الربع خمسة عشر، فجميع ما حصل لليث خمسون مرة عشرون ومرة ثلاثون وجميع ما حصل لنصر سبعة وعشرون مرة اثنا عشر ومرة خمسة عشر وجميع ما حصل للكامل مائة وثلاثة مرة أربعون ومرة ثمانية وأربعون وبقي ما في يده خمسة عشر. هذا كله إذا كانت الدار في أيديهم. أما إذا كانت في يد غيرهم، فإنها تقسم بينهم عند أبي حنيفة على اثني عشر سهما لصاحب الجميع سبعة، ولصاحب الثلثين ثلاثة، ولصاحب النصف اثنان.

ووجهه: أنك تحتاج إلى حساب له ثلثان ونصف وأقله ستة، فالليث يدعي أربعة ونصر يدعي ثلاثة، ولا منازعة لهما في الباقي، وذلك سهمان فهما للكامل ونصر لا يدعي إلا ثلاثة فخلا عن منازعته سهم استوت فيه منازعة الكامل والليث، فيكون سهم

بينهما فانكسر، فضربنا اثنين في ستة يكون اثني عشر، فالليث لا يدعي أكثر من ثمانية ونصر لا يدعي أكثر من ستة وأربعة سلمت للكامل وسهمان بين الليث، والكامل لكل واحد منهما سهم وتبقى ستة استوت منازعتهم فيها، فكان لكل واحد سهمان، فأصاب الكامل سبعة من اثني عشر مرة أربعة ومرة سهم ومرة سهمان وأصاب الليث ثلاثة مرة سهمان ومرة سهم وأصاب النصر سهمان.

وعلى قولهما: تقسم بينهما على ثلاثة عشرة بطريق العول للكامل ستة ولليث أربعة ولنصر ثلاثة.

ووجهه: أن الكامل يضرب بالكل وهو ستة؛ لأن الدار قسمت على ستة لحاجتنا إلى الثلثين والنصف، فالليث يضرب بأربعة وهو الثلثان والنصر بالنصف ثلاثة والكامل يضرب بستة، فصار الجميع ثلاثة عشر.

وأما معرفة ما يخص كل واحد منهم من ثمن الدار مثل أن يكون ثمنها ألفاً، فإن على كل واحد منهم من الثمن بقدر ما أصاب. فعلى قول أبي حنيفة على الكامل سبعة أجزاء من اثني عشر من ألف وذلك خمسمائة وثلاثة وثمانون وثلث درهم. وطريقه: أن تقسم الألف على اثني عشر يخرج القسم ثلاثة وثمانون وثلث درهم فاضرب ذلك في سبعة نصر خمسمائة وثلاثة وثمانون وثلث وإن شئت قلت: سبعة من اثني عشر نصفها ونصف سدسها فخذ تلك النسبة من الألف تجده كذلك، وعلى الليث مائتان وخمسون ووجهه أنك تضرب ثلاثة وثمانين وثلثاً، وهي التي خرجت من القسم فيما في يده وهو ثلاثة تصح مائتان وخمسون. وإن شئت قلت: بيده ثلاثة من اثني عشر وهي ربعها، فخذ تلك النسبة من الألف وعلى نصر مائة وستة وستون وثلثان.

ووجهه: أن تضرب الاثنين اللذين بيده في ثلاثة وثمانين وثلث، وإن شئت قلت: بيده سدس اثني عشر فخذ من الألف سدسها تجده.

وعلى قولهما: اقسم الألف على ثلاثة عشر تصح ستة وسبعون واثنا عشر جزءاً من ثلاثة عشر فتضرب سهام الكامل والنصر في ذلك فيكون على الكامل أربعمائة وواحد وستون وسبعة أجزاء من ثلاثة عشرة وعلى نصر نصفه مائتان وثلاثون وعشرة أجزاء من ثلاثة عشر وكذلك تضرب سهام الليث، وهي أربعة في ذلك أيضاً يكون ثلاثمائة وسبعة وتسعة أجزاء من ثلاثة عشر.

قوله: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا نُتِجَتْ عِنْدَهُ وَذَكَرَا تَارِيخًا وَسِنُّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ فَهُوَ أَوْلَى)؛ لأن الحال يشهد له فيترجح. ولا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في يدهما، أو في يد غيرهما. وأما إذا كان سنها يخالف

الوقتين بطلت البينتان؛ لأنه ظهر كذب الفريقين، وتترك في يد من كانت في يده، كذا ذكره الحاكم، وهو الصحيح.

وفي رواية الأصل: يقضي بها بينهما نصفين (وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ كَانَتْ بَيْنَهُمَا)؛ لأنه سقط التوقيت، وصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً.

قال في شرحه: وهذا إذا ادعياها في يد غيرهما؛ لأن كل واحدة من البينتين محكوماً بها، وليس إحداهما أولى من الأخرى، فتساويا فيها، فكانت بينهما نصفين. وأما إذا كانت في يد أحدهما فصاحب اليد أولى؛ لأنه محكوم ببينته ومعه اليد، فهو أولى.

قوله: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا فَالرَّاكِبُ أَوْلَى)؛ لأن تصرفه أظهر، وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج، والآخر رديفه، فالراكب في السرج أولى؛ لأن الغالب أن مالك الدابة يركب على السرج ويردف غيره معه، فكان أولى.

قال الخجندي: هذا قول أبي يوسف.

وعندهما: سواء. وأما إذا كانا جميعاً راكبين على السرج، فهما سواء.

قوله: (وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَا بَعِيرًا وَعَلَيْهِ حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا فَصَاحِبُ الْحِمْلِ أَوْلَى) وكذا إذا كان لأحدهما حمل، وللآخر كور معلق، فصاحب الحمل أولى؛ لأنه هو المتصرف.

قوله: (وَإِذَا تَنَازَعَا قَمِيصًا أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ فَاللَّابِسُ أَوْلَى)؛ لأنه أظهر تصرفاً، ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه، والآخر متعلق به فهو بينهما؛ لأن القعود ليس بيد عليه، فاستويا فيه، وكذا إذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر، فهما سواء.

{مطلب في التحالف}

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْبَيْعِ فَادَّعَى الْمُشْتَرِي ثَمَنًا وَادَّعَى الْبَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِقَدْرٍ مِنَ الْمَبِيعِ وَادَّعَى الْمُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ وَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ قَضَى لَهُ بِهَا وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ كَانَتْ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى)؛ لأن مثبت الزيادة مدع، ونافيها منكر، والبينة بينة المدعي، ولا بينة للمنكر؛ لأن البينات للإثبات.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ قِيلَ: لِلْمُشْتَرِي إِمَّا أَنْ تَرْضَى بِالثَّمَنِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَإِلاَّ فَسَخْنَا الْبَيْعَ وَقِيلَ: لِلْبَائِعِ إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِنَ

الْمَبِيعِ وَإِلاَّ فَسَخْنَا الْبَيْعَ فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى دَعْوَى الآخَرِ)؛ لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه، والآخر منكر.

قوله: (يَبْتَدِئُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي) هذا قول محمد، وهو الصحيح؛ لأن المشتري أشدهما إنكاراً؛ لأنه مطالب أوَّلاً بالثمن.

قوله: (فَإِذَا حَلَفَا فَسَخَ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا) يعني إذا طلبا ذلك. أما بدون الطلب، فلا يفسخ.

قوله: (فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنْ الْيَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الآخَرِ)؛ لأنه يجعل باذلاً، فلم تبق دعواه معارضة دعوى الآخر.

قوله: (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الأَجَلِ أَوْ فِي شَرْطِ الْخِيَارِ أَوْ فِي اسْتِيفَاء بَعْضِ الثَّمَنِ فَلاَ تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا لأَنَّ هَذَا اخْتِلاَفٌ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودِ بِهِ قَوْلُهُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ الْخِيَارَ وَالأَجَلَ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لأنهما يثبتان تعارض الشرط والقول لمنكر العوارض، ولأن الأجل أجنبي من العقد؛ لأنه يجوز أن يخلو العقد منه، والخيار مثله في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن كانا في مجلس العقد، فالقول قول مدعي الخيار، وإن كان قد افترقا فالقول قول من ينفيه.

وقال محمد: القول قول مدعي الخيار في الحالين. هذا كله إذا اختلفا والمبيع قائم بيده.

قوله: (فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَلاَ تَحَالُفَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ) معناه: هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه.

قوله: (مَعَ يَمِينِهِ) يعني إذا طلب البائع يمينه على ذلك، فإن حلف سلم ما قال المشتري، وإن نكل لزمه ما قال البائع.

قوله: (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ عَلَى قِيمَةِ الْهَالِكِ) أي يجب رد قيمته، فإن اختلفا في مقدار القيمة بعد التحالف، فالقول قول المشتري مع يمينه.

قوله: (وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) والقول قول المشتري مع يمينه (إِلاَّ أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الْهَالِكِ) فحينئذ يتحالفان ويترادان الحي، ولا شيء للبائع غير ذلك.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي الْحَيِّ وَقِيمَةِ الْهَالِكِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ) ثم إذا اختلفا في قيمة الهالك.

قال في شرحه: القول قول البائع عند أبي يوسف.

وقال محمد: قول المشتري وأيهما أقام البينة قبلت بينته، وإن أقاما معاً فبينة البائع أولى.

قوله: (وَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْمَهْرِ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ وَقَالَتْ: بِأَلْفَيْنِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جَمِيعًا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمَرْأَةِ)؛ لأنها تثبت الزيادة وبينة الزوج تنفي ذلك، فالمثبتة أولى.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَلَمْ يُفْسَخْ النِّكَاحُ وَلَكِنْ يُحْكَمُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ قَضَى بِمَا قَالَ الزَّوْجُ) يعني مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له.

قوله: (وَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ أَوْ أَكْثَرَ قَضَى بِمَا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ) أي مع يمينها أيضاً.

قوله: (وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَقَلُّ مِمَّا ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ قَضَى لَهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ)؛ لأن موجب العقد مهر المثل وهو قيمة البضع، وإنما سقط ذلك بالتسمية، فإذا اختلفا فيها ولم يكن مع أحدهما ظاهر يشهد له رجع إلى موجب العقد، وهو مهر المثل.

وقال أبو يوسف: القول للزوج مع يمينه ما لم يأت بشيء مستنكر.

واختلفوا في المستنكر؟

قيل: هو أن يدعي ما دون عشرة دراهم؛ لأن ذلك مستنكر في الشرع.

وقال الإمام خواهر زاده: هو أن يدعي مهراً لا يتزوج مثلها عليه عادة كما لو ادعى النكاح على مائة درهم ومهر مثلها ألف.

وقال بعضهم: المستنكر ما دون نصف المهر، فإذا جاوز نصف المهر لم يكن مستنكراً.

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا) معناه اختلفا في البدل، أو في المبدل، فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه منكر لوجوب الأجرة، وإن وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت بينته، فإن أقاما جميعاً البينة فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة، والمستأجر شهرين

بخمسة يقضي بشهرين بعشرة.

قوله: (وَإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَمْ يَتَحَالَفَا وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لأنه هو المستحق عليه.

قوله: (وَإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَفُسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ وَكَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَاضِي قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ) مع يمينه ولا يتحالفان فيه؛ لأن العقد ينعقد ساعة، فيصير في كل جزء من المنفعة، كأنه ابتدأ العقد عليها.

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) فإذا لم يتحالفا، فالقول قول المكاتب في بدل الكتابة مع يمينه.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ) ثم تفسخ الكتابة.

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ) كالعمامة، والخف، والكتب، والقوس، والفرس، والسلاح.

قوله: (وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ) كالوقاية، والخلخال، والدملج، والخرز، وثياب الحرير.

قوله: (وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا فَهُوَ لِلرَّجُلِ) كالسرير والحصير والآنية؛ لأن الظاهر أن الرجل يتولى آلة البيت ويشتريها، فكان أظهر يدا منها، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح، أو بعد الفرقة.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا)؛ لأن اليد للحي دون الميت، وهذا قول أبي حنيفة.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَدْفَعُ لِلْمَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا وَالْبَاقِي لِلرَّجُلِ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز من بيت أهلها، ثم فيما عداه لا معارض له لظاهر يده عليه، والطلاق والموت سواء.

وقال محمد: ما كان للرجال، فهو للرجل وما كان للنساء، فهو للمرأة، وما كان يصلح لهما فهو للرجل، أو لورثته، والطلاق والموت سواء، لقيام الوارث مقام المورث. هذا كله إذا كانا حرين.

أما إذا كان أحدهما مملوكاً، فالمتاع للحر في حال الحياة؛ لأن يده أقوى وللحي بعد الموت؛ لأنه لا يد للميت، فخلت يد الحي عن المعارض، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: المكاتب والمأذون بمنزلة الحر؛ لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات.

قال في المنظومة:

زوجان مأذون وحر خصما   وفي متاع البيت قد تكلما

فذاك للحر وقالا لهما.

{مطلب في دعوى النسب}

قوله: (وَإِذَا بَاعَ الرَّجُلُ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ بَاعَهَا فَهُوَ ابْنُ الْبَائِعِ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِيهِ وَيُرَدُّ الثَّمَنُ) هذا استحسان.

وقال زفر: دعوته باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه أنه عبد، فكان في دعواه مناقضاً.

ولنا: أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه؛ لأن الظاهر عدم الزنا، وإذا صحت الدعوة أسندت إلى وقت العلوق، فتبين أنه باع أم ولده، فيفسخ البيع؛ لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن؛ لأنه قبضه بغير حق.

قوله: (فَإِنْ ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ الْبَائِعِ أَوْ بَعْدَهُ فَدَعْوَةُ الْبَائِعِ أَوْلَى)؛ لأنه أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق، وهذه دعوة استيلاد، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع؛ لأنه لم يوجد اتصال العلوق في ملكه إلا إذا صدقه المشتري، فحينئذ يثبت النسب، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح، ولا يبطل البيع؛ لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه، فلا يثبت به حقيقة العتق، ولا حقه، وهذه دعوة تحرير، وغير المالك ليس من أهله. وإن كان المشتري ادعاه قبل دعوة البائع في المسألة الأولى صحت دعوته ويثبت منه؛ لأنه أقر بممكن على نفسه، والأمة في ملكه فصحت دعوته، وإنما قلنا: إنه أقر بممكن على نفسه؛ لأنه يجوز أن يكون تزوجها في ملك غيره وأحبلها، ثم اشتراها مع الحبل، فإذا ادعاه وهو في ملكه قبل منه، فإن ادعاه البائع بعد ذلك لم تصح دعوته؛ لأنه قد تعلق به معنى لا يلحقه الفسخ، وهو ثبوت النسب من المشتري.

قوله: (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَى الْبَائِعِ فِيهِ إلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُشْتَرِي)؛ لأن دعوة البائع هنا دعوة ملك لا دعوة استيلاد؛ لأنا لا نعلم أن العلوق كان في ملكه، وإذا كانت دعوة ملك، فدعوة الملك كعتاق موقع وعتقه في هذه الحالة لا ينفذ؛ لأن الولد ليس في ملكه، وإنما قبلت دعوته إذا صدقه المشتري لجواز أن يكون الأمر كما قال: وإذا صدقه المشتري ثبت نسب الولد، وبطل المبيع والولد حر، والأم أم ولد، فإن ادعاه المشتري بعد التصديق لم تقبل دعوته؛ لأن النسب لما ثبت من البائع بتصديق المشتري زال ملك المشتري، ولا تقبل دعوته في إزالة نسب ثابت من غيره.

قوله: (وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ الاسْتِيلاَدُ فِي الأُمِّ)؛ لأنها تابعة للولد، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك، فلا يتبعه استيلاد الأم.

قوله: (فَإِنْ مَاتَتْ الأُمُّ فَادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ به لأَقَلَّ مِنْ سِتَّة أَشْهُرٍ ثَبَتَ النَّسَبُ فِي الْوَلَدِ وَأَخَذَهُ الْبَائِعُ وَيَرُدُّ كُلَّ الثَّمَنِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَرُدُّ حِصَّةَ الْوَلَدِ وَلاَ يَرُدُّ حِصَّةَ الأُمِّ) أما ثبوت النسب فلأن الولد هو الأصل؛ لأن الأم تضاف إليه، فيقال: أم الولد وتستفيد هي الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها، والثابت لها حق الحرية، وله حقيقة الحرية، والأدنى يتبع الأعلى. وأما رد الثمن كله عند أبي حنيفة فلأنه ظهر أن الجارية أم ولد ومن باع أم ولده، فهلكت عند المشتري، فإنها لا تكون مضمونة عليه عنده؛ لأن ماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب، فلذلك يرد جميع الثمن، وعندهم تكون مضمونة؛ لأنها متقومة عندهما، فيرد من الثمن مقدار قيمة الولد، فيعتبر القيمتان، ويقسم الثمن على مقدار قيمتهما، فما أصاب قيمة الأم سقط، وما أصاب قيمة الولد يرده هذا إذا ماتت أما إذا قتلها رجل، فأخذ المشتري قيمتها، ثم ادعى البائع الولد، فإنه يرد قيمة الولد دون الأم بالإجماع.

قوله: (وَمَنْ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ)؛ لأنهما من ماء واحد والحمل الواحد لا يثبت نسب بعضه دون بعض، وعلى هذا لو باع المولى الجارية وأحد التوأمين، فادعى المولى الولد الباقي في يده صحت دعوته في الجميع وفسخ البيع وكانت الأم أم ولد له.

كتاب الشهادات

الشهادة موضوعة للتوثق صيانة للديون، والعقود عن الجحود، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (1)، وقال في الطلاق: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (2).

والشهادة: عبارة عن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة العيان، فعلى هذا هي مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة.

وقيل: مشتقة من الشهود وهو الحضور؛ لأن الشاهد يحضر مجلس القاضي للأداء، فسمي الحاضر شاهداً، وأداؤه شهادة.

وفي الشرع: عبارة عن إخبار بصدق مشروط في مجلس القضاء، ولفظه الشهادة.

لها شروط، وسبب، وركن، وحكم.

فسببها: طلب المدعي من الشاهد أداءها.

وشرطها: العقل الكامل، والضبط، والأهلية.

وركنها: لفظ الشهادة.

وحكمها: وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة.

قوله رحمه الله: (الشَّهَادَةُ فَرْضٌ) يعني أداؤها، وهذا إذا تحملها والتزم حكمها. أما إذا لم يتحملها، فهو مخير بين التحمل وتركه؛ لأنه التزام للوجوب، فهو كما يوجبه على نفسه من النذر وغيره وللإنسان أن يتحرز عن قبول الشهادة وتحملها.

وفي الواقعات: رجل طلب منه أن يثبت شهادته، أو يشهد على عقد، فأبى ذلك، فإن كان الطالب يجد غيره جاز له أن يمتنع، وإلا فلا يسعه الامتناع.

قوله: (يَلْزَمُ الشُّهُودَ أَدَاؤُهَا) تأكيد لقوله: فرض.

قوله: (وَلاَ يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا) قال في النهاية: إلا إذا علم أن القاضي لا يقبل شهادته، فإنا نرجو أن يسعه ذلك، أو كان في الصك جماعة سواه مما تقبل شهادتهم وأجابوه، فإنه يسعه الامتناع، وإن لم يكن سواه، أو كانوا، ولكن ممن لا يظهر الحق بشهادتهم عند القاضي، أو كان يظهر إلا أن شهادته أسرع قبولاً لا يسعه الامتناع.

وعن محمد: إذا كان له شهود كثير، فدعا بعضهم للأداء، وهو يجد غيره لا يسعه الامتناع.

---

(1) سورة البقرة: 282.

(2) سورة الطلاق: 2.

وعن محمد أيضاً: لو دعي للأداء، والقاضي ممن يقضى بشهادته، لكنه خلاف مذهب الشاهد، لا أرى له أن يشهد، فإن شهد لا بأس بذلك.

قال خلف بن أيوب: لو رفعت الخصومة إلى قاض غير عدل، فله أن يكتم الشهادة، حتى يرفعها إلى قاض عدل، وكذا إذا خاف الشاهد على نفسه من سلطان جائر، أو غيره، أو لم يتذكر الشهادة على وجهها وسعه الامتناع، وكذا لو شهد على باطل مثل أن يكون رجل من أهل السوق أخذ سوق النحاسين مقاطعة كل شهر بكذا، فدعي إلى أداء الشهادة عليه لم يجز له الأداء حتى قالوا: لو شهد بذلك استوجب اللعنة، وكذا لو أقر رجل عنده بدراهم، وعرف الشاهد أن سببه من وجه باطل، فإنه يمتنع من أدائها.

قوله: (إِذَا طَالَبَهُمْ الْمُدَّعِي) هذا بيان وقت الفرضية .

قوله: (وَالشَّهَادَةُ فِي الْحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالإِظْهَارِ) هذا إذا كانوا أربعة. أما إذا كانوا أقل فالستر واجب؛ لأنها تكون قذفاً، وإنما كان مخيراً فيها؛ لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك، فإن ستر فقد أحسن، وإن أظهر فقد أظهر حقّاً لله تعالى، فلذلك خير فيها.

قوله: (وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ) لقوله عليه السلام: «من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة»[1]؛ ولأن الإظهار حق لله تعالى، وهو غني عنه، والستر ترك كشف الآدمي، وهو محتاج إليه فكان أولى.

قوله: (إِلاَّ أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يُشْهِدَ بِالْمَالِ فِي السَّرِقَةِ)؛ لأن المال حق الآدمي، فلا يسعه كتمانه.

قوله: (فَيَقُولُ: أَخَذَ وَلاَ يَقُولُ: سَرَقَ)؛ لأن قوله أخذ يوجب الضمان.

وقوله: «سرق»: يوجب القطع، وقد ندب إلى الستر فيما يوجب القطع، وتجب عليه الشهادة فيما يوجب الضمان، ولأن في قوله: «أخذ»: إحياء لحق المسروق منه. ألا ترى أنه لو قال: سرق وجب القطع، والضمان لا يجامع القطع، فلا يحصل في قوله: سرق إحياء حقه.

قوله: (وَالشَّهَادَةُ عَلَى مَرَاتِبَ مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةَ مِنْ

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (171/2): حديث: «من ستر على مسلم ستر الله تعالى عليه في الدنيا والآخرة»، متفق عليه عن أبي هريرة.

الرِّجَالِ) قال الله تعالى: ﴿ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡۖ ﴾ [1].

واختلفوا في الشهادة على اللواط؟

فعند أبي حنيفة: يقبل فيه رجلان عدلان؛ لأن موجبه التعزير عنده.

وعندهما: لا بد من أربعة كالزنا.

وأما إتيان البهيمة، فالأصح عند أصحابنا جميعاً: أنه يقبل فيه شاهدان عدلان، ولا تقبل فيه شهادة النساء.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ)؛ لأن الحدود تؤثر فيها الشبهة، والنساء شهادتهن شبهة؛ لأنها قائمة مقام شهادة الرجال، فهي كالشهادة على الشهادة.

قوله: (وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصُ يَقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ وَلاَ يَقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةَ النِّسَاءِ) لما روي عن الزهري أنه قال: «مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والقصاص»[2]. وقد قالوا: إن شهادة النساء مع الرجال تقبل في الإحصان.

وعند زفر: لا تقبل إلا الرجال، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادة النساء مع الرجال في تزكية شهود النساء.

وعند أبي حنيفة: لا تجوز.

وأما الشهادة في السرقة تقبل فيها في حق المال رجل وامرأتان، ولا يقبل في حق القطع إلا رجلان، فلو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع.

قوله: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ الْحُقُوقِ يُقْبَلُ فِيه رَجُلاَنِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ سَوَاءٌ كَانَ الْحَقُّ مَالاً أَوْ غَيْرَ مَالٍ مِثْلُ النِّكَاحِ وَالْعَتَاقِ وَالطَّلاَقِ وَالْوَكَالَةِ وَالْوَصِيَّةِ) وغير ذلك، والمراد بالوصية ههنا الإيصاء؛ لأنه قال: أو غير مال، فلو كان المراد الوصية لكان مالاً.

قوله: (وَيُقْبَلُ فِي الْوِلاَدَةِ وَالْبَكَارَةِ وَالْعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لاَ يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) إلا أن الاثنين أحوط.

وقوله: «والعيوب بالنساء»: يعني إذا ادعى العيب بالجارية، فإن قولهن مقبول،

(1) سورة النساء: 15.

(2) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (171/2): قوله: «مضت السنة من لدن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده، أن لاشهادة للنساء في الحدود والقصاص». ابن أبي شيبة من طريق ابن شهاب به. وروى عبدالرزاق من طريق الحكم بن عتيبة: أن علياً قال ذلك.

ويحلف البائع أيضاً. وأما شهادة النساء وحدهن على استهلال المولود، فلا يقبل عند أبي حنيفة في حق الإرث؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال، فلا بد فيه من رجلين، أو رجل وامرأتين، وعندهما: يقبل شهادتهن في حق الإرث، ويكفي في ذلك امرأة واحدة عندهما؛ لأنه صوت عند الولادة وتلك الحالة لا يحضرها الرجال. وأما في حق الصلاة عليه فمقبولة بالإجماع؛ لأنها من أمور الدين. وأما الرضاع، فلا تقبل فيه إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين عندنا؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال بدليل أن لذي الرحم المحرم منها أن ينظر إلى ثديها ويشاهد إرضاعها.

قوله: (وَلاَ بُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنْ الْعَدَالَةِ وَلَفْظِ الشَّهَادَةِ) هذا إشارة إلى جميع ما تقدم حتى تشترط العدالة، ولفظ الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها، هو الصحيح؛ لأنها شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء، وشرط فيه الحرية والإسلام، كذا في الهداية.

وأما لفظ الشهادة، فلا بد منه؛ لأن في لفظها زيادة توكيد، فإن قوله: «أشهد» من ألفاظ اليمين، فكان الامتناع من الكذب بهذه اللفظة أشد، وإنما شرطت العدالة لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [1].

قال في الذخيرة: أحسن ما قيل: في تفسير العدل أن يكون مجتنباً للكبائر، ولا يكون مصراً على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه.

وقال في الينابيع: العدل من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج، أي لا يقال: إنه يأكل الربا والمغصوب، وأشباه ذلك ولا يقال أنه زان، فإن موضع الطعن البطن والفرج، ولهما توابع، فإذا سلم عنهما، وعن توابعهما كان عدلاً، والكذب من جملة الطعن في البطن؛ لأنه يخرج منه.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ الشَّاهِدُ لَفْظَ الشَّهَادَةِ وَقَالَ: أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ)؛ لأن بهذه اللفظة لم يكن شاهداً؛ لأن الله تعالى اعتبر الشهادة بقوله: ﴿فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍ﴾ [2].

قوله: (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَقْتَصِرُ الْحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ عَدَالَةِ الْمُسْلِمِ) يعني لا يسأل عنه حتى يطعن الخصم فيه، لقوله عليه السلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا

---

(1) سورة البقرة: 282.

(2) سورة النور: 6.

محدوداً في قذف»[1].

قوله: (إِلاَّ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ)؛ لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيهما.

قوله: (فَإِنْ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمْ سَأَلَ عَنْهُمْ) وكذا إذا وقع للقاضي في شهادتهم الشك والارتياب، فلا بد أن يسأل عن عدالتهم لتزول التهمة، ولا تزول إلا بالتزكية.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لاَ بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالْعَلاَنِيَةِ) يعني في جميع الحقوق وسائر الحوادث سواء طعن الخصم فيهم، أو لم يطعن، والفتوى على قولهما في هذا الزمان، كذا في الهداية.

وكيفية السؤال عنهم في السر والعلانية: أن يكتب الحاكم أسماء الشهود وأنسابهم حتى يعرفهم المزكي، ويسأل عن جيرانهم، وأصدقائهم، ويرسل بالكتاب إليهم، فيكتب المزكون العين تحت اسم العدل، ولا يكتبون الفاء تحت اسم الفاسق صيانة لعرض المسلم.

وفي النهاية: تزكية السر أن يبعث القاضي رسولاً إلى المزكي، ويكتب إليه كتاباً فيه أسماء الشهود حتى يعرفهم، ويكون المكتوب إليه عدلاً له خبرة بالناس، ولا يكون منزوياً غير مخالط للناس؛ لأنه إذا لم يخالطهم لم يعرف العدل من غيره، ويرد المكتوب إليه الجواب، فمن عرفه بالعدالة كتب تحت اسمه هو عدل جائز الشهادة، ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئاً تحت اسمه احترازاً عن هتك الستر، أو يقول: الله أعلم، إلا إذا عدله غيره، وخاف إن لم يصرح بذلك قضى القاضي بشهادته، فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرف بعدالة، ولا فسق كتب تحت اسمه مستور، ويكون جميع ذلك في السر كي لا يطلع عليه، فيخدع المعدل، أو يتهدد، أو يستمال بالمال.

وأما تزكية العلانية: فإن القاضي يجمع بين المعدل، والشاهد، ولا بد منهما في تزكية في العلانية لتنتفي شبهة تعديل غيره، فيقول القاضي للمعدل: هذا الذي عدلته في السر، فإن قال بحضرة المدعى عليه: نعم قضي عليه حينئذ.

وقيل: صفة التزكية في العلانية أن يقول المعدل عند الحاكم: إنه عدل مرضي القول جائز الشهادة.

قال ابن سلمة: لا بد أن يقول: هو جائز الشهادة؛ لأن العبد قد يكون عدلاً

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (171/2): حديث: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف» ابن أبي شيبة من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده بلفظ: «في فرية».

وشهادته لا تجوز.

وقيل: يكفي بقوله: «هو عدل»؛ لأن الحرية ثابتة بالدار، وهذا أصح، كذا في الهداية.

وقال أبو يوسف: يقول في تعديله: ما أعلم منه إلا خيراً، ولو قال: لا بأس به فقد عدله وزكاه. والتزكية كانت في عهد الصحابة علانية، ولم يكن في السر تزكية؛ لأنهم كانوا صلحاء، وكان المعدل لا يخاف الأذية من الشهود إذا جرحهم، وفي زماننا تركت تزكية العلانية، واكتفي بتزكية السر تحرزاً عن الفتنة والأذية؛ لأن الشهود يؤذون الجارح.

وعن محمد أنه قال: تزكية العلانية بلاء وفتنة، كذا في الهداية، وإذا رأى المزكي رجلاً حافظاً للجماعة ولم ير منه ريبة.

قال أبو سليمان: يسعه أن يعدله، وإن كان لا يعرفه، فجاء شاهدان عدلان، فعدلاه عنده وسعه أن يعدله بقولهما، كذا في الينابيع، وتعديل الواحد جائز عندهما: والاثنان أحوط.

وقال محمد: لا بد من اثنين اعتباراً بالشهادة، وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد، ورسول القاضي إلى المعدل يعني إذا كان رسول القاضي إلى المعدل واحداً والمترجم عن الشهود جاز عندهما، والاثنان أحوط.

وعند محمد: لا بد من اثنين؛ لأن التزكية في معنى الشهادة، فيعتبر فيها العدد كما يعتبر فيها العدالة، وهما يقولان التزكية في السر ليست في معنى الشهادة، ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة، وكذا العدد بالإجماع على ما قال الخصاف لاختصاصهما بمجلس القضاء.

ويشترط أربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد، كذا في الهداية.

وقد قال أبو حنيفة: أقبل في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود في القذف إذا كانوا عدولاً، ولا أقبل في تزكية العلانية إلا تزكية من أقبل شهادته؛ لأن تزكية السر من باب الإخبار والمخبر به أمر ديني وقول هؤلاء في الأمور الدينية مقبول إذا كانوا عدولاً ألا ترى أنه تقبل روايتهم في الإخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويجب الصوم بقولهم، وتزكية العلانية نظير الشهادة، فيشترط فيها أهلية الشهادة، وكذا العدد بالإجماع على ما قال الخصاف، وعلى هذا فتزكية الوالد لولده في السر جائز؛ لأنها من باب الإخبار، كذا في النهاية، وكذا تعديل الأعمى، والمملوك عندهما خلافاً لمحمد، كذا في الينابيع.

قوله: (وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ مِثْلُ الْبَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَالنِّكَاحِ وَالإِقْرَارِ وَالْغَصْبِ وَالْقَتْلِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ

الشَّاهِدُ أَوْ رَآهُ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ) وأما إذا سمع الحاكم يقول: حكمت لفلان على فلان بألف درهم إن سمعه يقول ذلك في موضع يجوز حكمه فيه جاز له أن يشهد بذلك، وإن لم يأمره الحاكم بذلك، وإن كان سمعه في موضع، لا يجوز حكمه فيه، لا يجوز له أن يشهد بذلك.

قوله: (وَيَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ) هذا في البيع الصريح ظاهر. وأما إذا كان البيع بالتعاطي، فإنه يشهد على الأخذ والإعطاء، ولا يشهد على البيع.

وفي الذخيرة: لو شهد على البيع جاز، وفي الإقرار يقول: أشهد أن فلاناً أقر بكذا، ولو فسر للقاضي بأن قال: أشهد بالسماع لا يقبل، كذا في النهاية.

قوله: (وَلاَ يَقُولُ أَشْهَدَنِي)؛ لأنه كذب ولو سمعه من وراء حجاب لا يجوز له أن يشهد. ولو فسره للقاضي لا يقبله؛ لأن النغمة تشبه النغمة إلا إذا كان داخل البيت. وعلم أنه ليس فيه أحد، ثم جلس على الباب، وليس فيه مسلك غيره، فسمع إقرار الرجل ولا يراه؛ لأنه حصل له العلم في هذه الصورة رجل كتب على نفسه صكاً بحق، وقال لقوم: اشهدوا علي بما في هذا الصك جاز لهم أن يشهدوا عليه، وإن كتبه غيره، وقال لهم: ذلك لم يجز حتى يقرأه عليهم.

قوله: (وَمِنْهُ مَا لاَ يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ) فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده؛ لأن الشهادة غير موجبة بنفسها، وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء، فلا بد فيها من الإنابة والتحمل ولم يوجد. ألا ترى أنه لو رجع عن الشهادة بعد ما شهد بها عند الحاكم لم يلزمه الحاكم شيئاً ولم يقطع بشهادته حقاً، فإذا صح هذا قلنا: من سمع شاهداً يشهد على رجل بشيء لم يجز له أن يشهد بذلك؛ لأنه شهد بما لم يثبت به حق على المشهود عليه.

قال في النهاية: هذا إذا سمعه في غير مجلس القضاء، أما لو سمع شاهداً يشهد في مجلس القاضي جاز له أن يشهد على شهادته وإن لم يشهده.

قوله: (وَكَذَلِكَ لَوْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ شَاهِدًا عَلَى شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعْ السَّامِعَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ)؛ لأنه إنما حمل غيره ولم يحمله.

ولو قال الشاهد لرجل: أنا أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم، فأشهد عليه بذلك لم يلتفت إلى ذلك، وكذا لو قال: فاشهد بما شهدت به، أو اشهد علي بما شهدت به، فذلك كله باطل حتى يقول: اشهد على شهادتي؛ لأن جميع هذه الألفاظ أمر بالشهادة لا على طريق التحميل، وهذا المأمور لم يعاين إقرار المشهود عليه، ولا أشهده الشاهد

على نفسه بخلاف ما إذا قال: اشهد على شهادتي؛ لأن ذلك استنابة في نقل شهادته وإشهاد له على نفسه بذلك.

قوله: (وَلاَ يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلاَّ أَنْ يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ)؛ لأن الخط يشبه الخط، فلم يحصل له العلم به بيقين وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف: يحل له أن يشهد.

وفي الهداية: محمد مع أبي يوسف.

وقيل: لا خلاف بينهم في هذه المسألة، وأنهم متفقون على أنه لا يحل له أن يشهد في قول أصحابنا جميعاً إلا أن يذكر الشهادة، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه؛ لأن ما في قمطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك؛ لأنها في يد غيره، وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة، أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن، كذا في الهداية.

وفي البزدوي الصغير: إذا استيقن أنه خطه، وعلم أنه لم يزد فيه شيء بأن كان مخبوءاً عنده، أو علم بدليل آخر أنه لم يزد فيه، لكن لا يحفظ ما سمع، فعندهما: لا يسعه أن يشهد.

وعند أبي يوسف: يسعه وما قاله أبو يوسف هو المعمول به.

قال في التقويم: قولهما هو الصحيح.

{مطلب فيمن ترد شهادتهم}

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَى) وكذا قضاؤه لا يجوز، ثم شهادته على وجهين:

أحدهما: إن كان تحملها وهو بصير، ثم أداها وهو أعمى لم يجز عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ لأنه لم يفقد منه في حال الأداء إلا معاينة المشهود عليه، فإذا صح تحمله جاز أداؤه كما لو شهد بصير على ميت، أو على غائب.

ولهما: أن العمى يمنع التحمل فمنع الأداء كالجنون، ولأن حالة الأداء آكد من حالة التحمل بدليل أن التحمل يصح في حال لا يصح فيه الأداء مثل أن يكون فاسقاً، أو عبداً، أو صبياً وقت التحمل، فإن تحمله صحيح، فإذا كان العمى يمنع التحمل، فأولى وأحرى أن يمنع الأداء.

والثاني: إذا أدى الشهادة عند الحاكم وهو بصير، ثم عمي قبل الحكم بها لم يجز للحاكم أن يحكم بها عندنا؛ لأن من شرط الحكم بالشهادة عندنا بقاء الشهود على حال أهلية الشهادة إلى أن يحكم بها الحاكم حتى إذا ارتدوا، أو فسقوا، أو خرسوا، أو رجعوا

قبل الحكم بها، فإن ذلك يمنع القضاء بها، فكذا إذا عمي قبل الحكم بشهادته بخلاف ما إذا مات الشهود، أو غابوا بعد الأداء قبل الحكم؛ لأن الأهلية بالموت انتهت وبالغيبة بطلت يعني في المال، وكذا في الحدود إلا في الرجم خاصة، فإنه يسقط إذا غابت الشهود، أو ماتوا بعد القضاء لفوات البداءة بهم.

وعن أبي يوسف: لا يبطل الرجم أيضا بموتهم ولا بغيبتهم، وقد قالوا: إن شهادة الأعمى لا تقبل في شيء أصلاً.

وقال زفر: تقبل فيما طريقه الاستفاضة كالنسب والنكاح والموت ونحو ذلك؛ لأن الأعمى يقع له العلم بما طريقه الاستفاضة كما يقع للبصير.

قوله: (وَلاَ الْمَمْلُوكِ)؛ لأن الشهادة من باب الولاية، وهو لا يلي على نفسه، فأولى أن لا يلي على غيره، قال الله تعالى: ﴿ عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴾ (1)، وقال تعالى: ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾ (2)، فلا يدخل العبد تحت هذا؛ لأن عليه خدمة مولاه يمتنع بها عن الحضور إلى مجلس الحاكم، ولأنه ليس من أهل الضمان بالرجوع عن الشهادة.

قوله: (وَلاَ الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ وَإِنْ تَابَ) لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ﴾ (3)؛ ولأن رد شهادته من تمام الحدود بخلاف المحدود في غير القذف؛ لأن الرد بالفسق، وقد ارتفع بالتوبة.

وعند الشافعي: تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ ﴾ (4).

قلنا: الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو الفسق.

وقد قال أصحابنا: إن شهادته تقبل ما لم يقم عليه الحد؛ لأن الله تعالى شرط في إبطالها إقامة الحد عليه فما لم يوجد الشرط بقي على ما كان عليه، ولو ضرب بعض الحد فهرب قبل تمامه.

ففي ظاهر الرواية: تقبل شهادته ما لم يضرب جميعه.

وفي رواية: إذا ضرب سوطاً واحداً لا تقبل شهادته.

وفي رواية: إذا ضرب أكثر الحد سقطت شهادته، وإن ضرب الأقل لا تسقط.

ولو حد الكافر في قذف، ثم أسلم تقبل شهادته؛ لأن للكافر شهادة، فكان ردها

---

(1) سورة النحل: 75. (2) سورة البقرة: 282.

(3) سورة النور: 4. (4) سورة النور: 5.

من تمام الحد وبالإسلام قد حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد، ثم أعتق؛ لأنه لا شهادة له أصلاً، فتمام حده رد شهادته بعد العتق. وأما إذا كان القذف في حالة الكفر، فحد في حالة الإسلام بطلت شهادته على التأبيد، ولو حصل بعض الحد في حالة الكفر، وبعضه في حالة الإسلام، ففيه ثلاث روايات:

في ظاهر الرواية: لا تبطل شهادته على التأبيد حتى أنه لو تاب تقبل؛ لأن المبطل كمال الحد وكماله لم يوجد في حالة الإسلام.

وفي رواية: إذا وجد السوط الأخير في حالة الإسلام بطلت شهادته على التأبيد؛ لأن المبطل لها هو السوط الأخير.

وفي رواية: اعتبر أكثر الحد، فإن وجد أكثره في حالة الإسلام تبطل شهادته، وإن وجد أكثره في حالة الكفر لا تبطل.

قوله: (وَلاَ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ)؛ لأن مال الابن منسوب إلى الأب، قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[1]، فإذا كان كذلك كان شهادته لنفسه، فلا تقبل وولد الولد بمنزلة الولد، وتجوز شهادته عليه لانتفاء التهمة.

قوله: (وَلاَ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ)؛ لأنه منسوب إليهم بالولادة والمنافع بين الآباء والأولاد متصلة، ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم، فتمكنت فيهم التهمة.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ)؛ لأن الانتفاع بينهما متصل عادة، فيكون متهماً.

قوله: (وَلاَ شَهَادَةُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ)؛ لأنها شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين، أو من وجه إن كان عليه دين؛ لأن الحال موقوف مراعى.

قوله: (وَلاَ لِمُكَاتَبِهِ)؛ لأنه على حكم ملكه، قال عليه السلام: «المكاتب رق ما بقي عليه درهم»[2]، وكذا لا تجوز شهادة الأجير لمن استأجره، والمراد بالأجير التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه.

وقيل: المراد به الأجير مسانهة، أو مشاهرة.

قوله: (وَلاَ شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا)؛ لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما في المال، فإن شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة.

والأصل: أن كل شهادة جرت للشاهد مغنماً، أو دفعت عنه مغرماً لا تقبل.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) تقدم تخريجه.

وشهادة الشريك فيما هو من شركتهما تجلب له مغنماً، فتجور.

ولو أودع رجل رجلين وديعة، فجاءه مدع فادعاها فشهد له المودعان جازت شهادتهما؛ لأنهما لم يجرا إلى أنفسهما بشهادتهما مغنماً ولا دفعا بها مغرماً، وكذا إذا شهد المرتهنان بالرهن لرجل غير الراهن جازت شهادتهما؛ لأنه ليس لهما في هذه الشهادة نفع، بل فيها إبطال حقهما من الوثيقة بخلاف ما إذا باع عيناً على اثنين، فادعى مدع تلك العين فشهدا بها له، فإنه لا تجوز شهادتهما؛ لأنها تدفع عنهما مغرماً، وهو إبطال الثمن عنهما فهما يشهدان لأنفسهما، فلا تقبل.

قوله: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الرَّجُلِ لأَخِيهِ وَعَمِّهِ)؛ لأن الأملاك متميزة والأيدي متحيزة؛ لأنه ليس لأحدهما تبسط في مال الآخر.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُخَنَّثٍ) يعني إذا كان رديء الأفعال؛ لأنه فاسق أما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر، ولم يفعل الفواحش فهو مقبول الشهادة.

قوله: (وَلاَ نَائِحَةٍ) يعني التي تنوح في مصيبة غيرها. أما التي تنوح في مصيبتها، فشهادتها مقبولة.

قال بعضهم: لا خير في النائحة؛ لأنها تأمر بالجزع، وتنهى عن الصبر، وتبكي شجو غيرها، وتأخذ الأجرة على دمعها، وتحزن الحي وتؤذي الميت.

قوله: (وَلاَ مُغَنِّيَةٍ)؛ لأنها مرتكبة حراماً، فإن النبي عليه السلام: «نهى عن الصوتين الأحمقين: النائحة والمغنية»[1].

قوله: (وَلاَ مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ) يعني شرب غير الخمر من الأشربة. أما الخمر فشربها يسقط العدالة، وإن كان بغير لهو والإدمان المداومة والملازمة أن يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجدها، وإنما شرط الإدمان ليكون ذلك ظاهراً منه، فأما من يتهم بالشرب ولم يظهر ذلك منه لم يخرج من العدالة قبل ظهور ذلك منه، وكذا من جلس في مجلس الفجور والشرب لا تقبل شهادته، وإن لم يشرب.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (172/2): «نهى عن صوتين أحمقين: النائحة والمغنية»، الترمذي وإسحاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد والطيالسي والبيهقي من حديث جابر: في قصة موت إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم، وفيه قول عبد الرحمن بن عوف: أتبكي وقد نهيت عن البكاء؟ قال: «لا، إني لم أنه عن البكاء، ولكني نهيت عن صوتين أحمقين: صوت عند نغمة لعب ولهو ومزامير شيطان، وصوت عند مصيبة خمش وجوه وشق جيوب ورنة شيطان». وأخرجه البزار وأبو يعلى من وجه آخر، فقالا عن جابر عن عبد الرحمن بن عوف. وأخرجه الحاكم من طريق أخرى عن عبد الرحمن بن عوف.

قوله: (وَلاَ مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ) وهو المغني، وكذا من يلعب بالطيور والحمام لا تقبل شهادته؛ لأنه يورث غفلة، وقد يقف على العورات بصعود سطحه إذا أراد تطيير الحمام. وأما إذا كان يبيعها، ولا يطيرها، ولا يعرف فيها بقمار قبلت شهادته.

قوله: (وَلاَ مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ) لا يقال في هذا تكرار؛ لأنه قد ذكر المغنية.

قلنا: ذلك مخصوص بالمرأة وهذا عام، أو لأن الأول في التغني مطلقاً، وهذا في التغني للناس، وقيد بالتغني للناس؛ لأنه إذا كان لا يغني لغيره، ولكن يغني لنفسه أحياناً لإزالة الوحشة، فلا بأس بذلك كذا في المستصفى.

وروي أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى بيت عمر رضي الله عنه، فسمع عمر يترنم في بيته، فدعاه فخرج إليه عمر خجلاً، فقال له: أسمعتني يا عبد الرحمن؟ قال: نعم، قال له: إنا إذا خلونا، قلنا: ما يقول الناس: أتدري ما كنت أقول؟ قال: لا، قال إني قلت: لم يبق من شرف العلا إلا التعرض للحتوف فلأرمين بمهجتي بين الأسنة والسيوف.

قوله: (وَلاَ مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنْ أَبْوَابِ الْكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الْحَدُّ) أي نوعاً من أنواعها.

والكبيرة ما كانت حراماً محضاً شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع.

قال عبد الله بن عمر: الكبائر سبع الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، والقتل، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم ظلماً، وقذف المحصنات، واليمين الغموس.

وقال ابن مسعود: تسع ولعله زاد شهادة الزور، والإياس من روح الله، أو شهادة الزور، والزنا.

وسئل ابن عباس عن الكبائر أسبع هي؟ قال: هن إلى السبعين أقرب.

وقيل: هن سبع عشرة أربع في القلب: الكفر بالله، والإصرار على معصية الله، والقنوط من رحمة الله، والأمن من مكر الله.

وأربع في اللسان: التلفظ بالكفر، وشهادة الزور، وقذف المحصنات، واليمين الغموس.

وثلاث في البطن: أكل الربا، وأكل مال اليتيم، وشرب الخمر.

واثنان في الفرج: الزنا، واللواط.

واثنان في اليد: القتل، والسرقة.

وواحدة في الرجل: الفرار من الزحف.

وواحدة في سائر البدن: عقوق الوالدين.

ومن الكبائر السحر، وكتمان الشهادة من غير عذر، والإفطار في رمضان من غير عذر، وقطع الرحم، وترك الصلاة متعمداً، ومنع الزكاة، ونسيان القرآن، وسب الصحابة رضي الله عنهم، والخيانة في الكيل والوزن، وأخذ الرشوة، وضرب المسلم بغير حق، وامتناع المرأة عن زوجها بلا سبب، والوقيعة في أهل العلم، وأكل الميتة، ولحم الخنزير بغير اضطرار، والوطء في الحيض، والغيبة، والنميمة، والكذب، والنياحة، والحسد، والكبر، وترك الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر مع القدرة، وقتل الولد خشية أن يأكل معه، والحيف في الوصية، وتحقير المسلمين، والظهار.

قال سعيد بن جبير: كل ذنب أوعد الله عليه النار، فهو كبيرة.

والصغائر: النظر إلى ما لا يحل، واللمس، والقبلة، وهجران المسلم فوق ثلاثة أيام، والبيع والشراء في المسجد، والعبث في الصلاة، وتخطي الرقاب يوم الجمعة، والكلام في حالة الخطبة، والتغوط مستقبل القبلة، أو في طريق المسلمين، والاستمتاع، والخلوة بالأجنبية، ومسافرة المرأة بغير محرم، ولا زوج، والنجش، والسوم على سوم أخيه، وتلقي الجلد، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي، والاحتكار، وبيع المعيب من غير بيان، والخطبة على خطبة أخيه، والتبختر في المشي، والصلاة في الأوقات المنهي عنها، والسكوت عند سماع الغيبة، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير.

قوله: (وَلاَ مَنْ يَدْخُلُ الْحَمَّامَ بِغَيْرِ إِزَارٍ)؛ لأن كشف العورة حرام مستقبح بين الناس، وكذا من يمشي في الطريق بسروال ليس عليه غيره، كذا في النهاية.

قوله: (وَلاَ آكِلِ الرِّبَا)؛ لأنه متأكد التحريم.

وشرط في الأصل الشهرة في أكل الربا، وكذا أكل من اشتهر بأكل الحرام، فهو فاسق مردود الشهادة.

قوله: (وَلاَ الْمُقَامِرِ بِالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ) بشرط القمار؛ لأن مجرد اللعب بالشطرنج لا يقدح في العدالة.

أما القمار فحرام، وفاعله فاسق.

وفي شرحه: من لعب بالشطرنج من غير قمار، ولا ذكر فاحشة، ولا ترك صلاة فشهادته مقبولة، وإن كان ذلك يقطعه عن الصلاة، أو يذكر عليه فسقاً، أو يحلف عليه لم تقبل شهادته.

وأما اللعب بالنرد وسائر ما يلعب به، فإنه بمجرده يمنع قبول الشهادة لإجماع الناس على تحريم ذلك بخلاف اللعب بالشطرنج، فإن فيه اختلافاً بين الناس.

قوله: (وَلاَ مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ الْمُسْتَقْبَحَةَ) كالبول على الطريق والأكل على الطريق؛ لأنه تارك للمروءة، فإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب، وكذا من يأكل في السوق بين الناس.

قال في النهاية: أما إذا شرب الماء، أو أكل الفول على الطريق لا يقدح في عدالته؛ لأن الناس لا تستقبح ذلك، والمراد بالبول على الطريق إذا كان بحيث يراه الناس، وكذا لا تقبل شهادة النخاس، وهو الدلال إلا إذا كان عدلاً لا يكذب ولا يحلف.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ الصَّالِحِ) لظهور فسقه.

والمراد بالسلف الصالح: الصحابة والتابعون.

وكذا لا تقبل شهادة تارك الجمعة رغبة عنها؛ لأن تاركها من غير عذر فاسق، وكذا لا تقبل شهادة من اشتهر بترك زكاة ماله، ولا شهادة من هو معروف بالكذب الفاحش. أما إذا كان لا يعرف به، وإنما ابتلي بشيء منه والخير فيه أغلب، فشهادته مقبولة.

ويروى أن وزير هارون الرشيد شهد عند أبي يوسف: فلم يقبله، فقال له هارون: ما منعك من قبول شهادته ما أعلم منه إلا خيراً قال: سمعته يوماً قال لك في مجلسك أنا عبدك، فإن كان صادقاً فشهادة العبد غير مقبولة، وإن كان كاذباً فالكذب يقدح في العدالة.

قوله: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الأَهْوَاءِ إِلاَّ الْخَطَّابِيَّةَ) وهم قوم من الروافض يشهد بعضهم لبعض بتصديق المشهود له، يعتقدون بأنه صادق في دعواه نسبوا إلى ابن الخطاب، وهو رجل بالكوفة يعتقد أن علياً هو الإله الأكبر وجعفر الصادق الإله الأصغر، وقد قتله الأمير عيسى بن موسى وصلبه.

قوله: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ) إذا كانوا عدولاً في دينهم.

قوله: (وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ) وهم اليهود والنصارى والمجوس إذا ضربت عليهم الجزية، وأعطوا الذمة، ولا تقبل شهادتهم على المسلم.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ) يعني بالحربي المستأمن، وتقبل شهادة الذمي عليه، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، فإن كانوا من أهل دارين كالروم والترك لا تقبل، وعلى هذا الإرث؛ لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية، ويمنع التوارث بينهما بخلاف الذميين؛ لأنهم من أهل دارنا، وتقبل شهادة المسلم على الذمي؛ لأن المسلم محق في عداوته للذمي، فقبلت شهادته عليه،

والذمي مبطل في عداوته للمسلم، فلا تقبل عليه.

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ الْحَسَنَاتُ أَغْلَبَ مِنْ السَّيِّئَاتِ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَجْتَنِبُ الْكَبَائِرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ) هذا هو حد العدالة المعتبرة؛ إذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد توقيها يعتبر الغالب، فمن كثرت معاصيه أثر ذلك في شهادته، ومن ندرت منه المعصية قبلت شهادته؛ لأن في اعتبار اجتناب الكل سد باب الشهادة، وهو مفتوح إحياء للحقوق.

وقوله: «وإن ألم بمعصية»: لأن كل واحد من دون الأنبياء عليهم السلام لا يخلو من ارتكاب خطيئة، فلو وقعت الشهادة على من لا ذنب له أصلاً لتعذر وجود ذلك في الدنيا، فسومح في ذلك واعتبر الأغلب.

وقوله: إن كانت الحسنات أغلب من السيئات يعني الصغائر.

وحاصله: أن كل من ارتكب كبيرة، أو أصر على صغيرة، فإنه تسقط عدالته.

قوله: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ) وهو الذي لم يختتن، وخصه بالذكر للشبهة الواردة من قول ابن عباس أنه لا تقبل شهادته، وإنما تقبل إذا ترك الاختتان من عذر. أما إذا تركه استخفافاً بالدين، واستهانة بالسنة لم تقبل شهادته.

قوله: (وَالْخَصِيِّ)؛ لأنه قطع منه عضو ظلماً، فصار كما إذا قطعت يده ظلماً.

قوله: (وَوَلَدِ الزِّنَا) يعني إذا كان عدلاً؛ لأن فسق الوالدين لا يوجب فسق الولد ككفرهما.

وقال مالك: لا تقبل شهادته في الزنا؛ لأنه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم.

قلنا: العدل لا يحب ذلك، والكلام إنما هو في العدل.

قوله: (وَشَهَادَةُ الْخُنْثَى جَائِزَةٌ) المراد المشكل وحكمه في الشهادة حكم المرأة.

قوله: (وَإِذَا وَافَقَتْ الشَّهَادَةُ الدَّعْوَى قُبِلَتْ وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ) كما إذا ادعى ألف درهم وشهد بمائة دينار أو بكر حنطة؛ لأن من حكم الشهادة أن تطابق الدعوى في المعنى واللفظ.

قوله: (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى) عند أبي حنيفة: في الأموال والطلاق حتى لو شهد أحدهما أنه قال: أنت خلية وشهد آخر أنه قال: أنت برية لا يثبت شيء من ذلك وإن اتفق المعنى.

قوله: (فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأنهما اختلفا لفظاً ومعنى؛ لأن الألف لا يعبر به عن الألفين (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ

وَمُحَمَّدٌ: تُقْبَلُ بِالأَلْفِ)؛ لأنها داخلة في الألفين، فقد اتفقا عليها، وهذا إذا كان المدعي يدعي ألفين. أما إذا ادعى ألفاً لا تقبل بالإجماع. وعلى هذا: المائة والمائتان والطلقة والطلقتان فإن شهد واحد بطلقة وواحد بطلقتين وشاهد بثلاث، وقد دخل بها فهي طالق ثلاثاً، وإن لم يدخل يقع ثنتان، كذا في النهاية؛ لأن الأولى اتفقوا فيها جميعاً، والاثنين اتفق فيهما شاهدهما، وشاهد الثلاث، فصاروا ثلاثاً.

قوله: (فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ قُبِلَتْ الشَّهَادَةُ بِأَلْفٍ) يعني بالإجماع لاتفاق الشاهدين على الألف لفظاً ومعنى؛ لأن الألف والخمسمائة جملتان، فالألف جملة والخمسمائة جملة أخرى، والمدعي يدعي ألفاً وخمسمائة، فقد اتفقا على أحد الجملتين مع دعوى المدعي لها، فثبت ما اتفقا عليه، ولم يثبت ما اختلفا فيه، وليس هذا عند أبي حنيفة كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين؛ لأن ذلك جملة واحدة، وقد اختلفا فيها فلا تقبل. ولو كان المدعي إنما ادعى ألفاً لا غير لم تقبل بالإجماع؛ لأن شهادة الذي شهد بألف وخمسمائة باطلة؛ لأنه كذبه المدعي في ذلك، ونظير مسألة الألف وخمسمائة الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر؛ لأنه ليس بينهما حرف عطف، فهو نظير الألف والألفين.

قال الخجندي: هذا كله إذا كان دعوى في مال كالقرض ونحوه. أما لو كان على دعوى عقد لا تقبل بالإجماع في الفصول كلها، كما إذا ادعى أنه باع عبداً بألفين، والمشتري ينكر، فشهد شاهد بألف والآخر بألفين، أو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة لا تقبل بالإجماع.

قوله: (وَإِذَا شَهِدَ بِأَلْفٍ وَقَالَ آخَرُ: قَضَاهُ مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ بِأَلْفٍ) لاتفاقهما عليه (وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ) أنه قضاه؛ لأنها شهادة فرد (إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرُ) وعن أبي يوسف: أنه يقضي بخمسمائة؛ لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أنه لا دين إلا خمسمائة.

وجوابه: ما قلناه، كذا في الهداية.

قوله: (وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ أَنْ لاَ يَشْهَدَ بِأَلْفٍ حَتَّى يُقِرَّ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسَمِائَةٍ) كي لا يصير معيناً له على الظلم.

ومعنى قوله: «ينبغي»: يجب.

قوله: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّ زَيْدًا قُتِلَ يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قُتِلَ

يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ لَمْ يَقْبَلْ الشَّهَادَتَيْنِ)؛ لأن إحداهما كاذبة، وليست إحداهما أولى من الأخرى، ولأن القتل فعل، والفعل لا يعاد ولا يكرر.

وفائدة ذلك: فيما إذا قال: إن لم أحج العام فعبدي حر، فأقام العبد شاهدين أنه قتل يوم النحر بالكوفة، وأقام الورثة شاهدين أنه قتل بمكة، وإن شهدوا على إقرار القاتل بذلك في وقتين، أو في مكانين قبلت الشهادة؛ لأن الإقرار قول، والأقوال تعاد وتكرر، فيجوز أن يكون أقر بذلك في كل واحد من الوقتين، فتقبل على هذا إذا شهد أحد الشاهدين أنه باعه هذا الثوب أمس وشهد آخر أنه باعه اليوم، أو شهد أحدهما أنه أقر أنه باعه أمس وشهد الآخر أنه أقر أنه باعه اليوم قبلت الشهادة؛ لأن المشهود به معنى واحد وهو القول، والأقوال يجوز أن تعاد وتكرر وليس هذا من شرط صحة ثبوته حضور شاهدين بخلاف النكاح، فإنه إذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس وشهد آخر أنه تزوجها اليوم، فإن شهادتهما لا تقبل؛ لأن النكاح لا يصح إلا بحضور شاهدين، ولم يشهد أحدهما بالنكاح أنه وقع بشهادة اثنين، وإنما شهد كل منهما أن العقد وقع بشهادة واحد.

قوله: (وَلاَ يَسْمَعُ الْقَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جُرْحٍ وَلاَ نَفْيٍ وَلاَ يَحْكُمُ بِذَلِكَ) وهو أن يجرح المدعى عليه الشهود، فيقول: إنهم فسقة، أو مستأجرون على الشهادة، وأقام على ذلك بينة، فإن القاضي لا يسمع بينته، ولا يلتفت إليها، ولكن يسأل عن شهود المدعي في السر ويزكيهم في العلانية، فإذا ثبت عدالتهم قبل شهادتهم.

وقوله: «ولا نفي»: الشهادة على النفي مقبولة إذا كان النفي مقروناً بالإثبات، وكان ذلك مما يدخل تحت القضاء كما إذا شهدوا أن هذا وارث فلان لا وارث له غيره، أو لا نعلم له وارثاً غيره تقبل هذه الشهادة حتى أنه يسلم إليه كل المال، وكذا إذا قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر، فشهد شاهدان أنه لم يدخل قبلت شهادتهما، ويقضى بعتقه؛ لأن الشهادة على الشروط في النفي مسموعة، وإنما قال إذا كان يدخل تحت القضاء؛ لأن الرجل إذا قال: إن لم أحج هذا العام فعبدي حر، فشهد شاهد أنه ضحى بالكوفة لم يعتق عندهما؛ لأنها قامت على النفي والتضحية مما لا يدخل تحت القضاء.

وقال محمد: يعتق؛ لأنها قامت على أمر معلوم.

وقوله: «ولا يحكم بذلك»: فإن قيل: لا حاجة إلى هذا، فإنه إذا لم يسمع، فمعلوم أنه لا يحكم؟

قلنا: يمكن أن لا تسمع، ولكن جاز أن يحكم، فإن القاضي لا يجوز أن يسمع البينة في بيع المدبر. فأما إذا حكم بجواز بيعه صح؛ لأنه مختلف فيه، فإن عدل الشاهد

وجرحه آخر، فسأل القاضي آخر، فإن عدله قضى بذلك، وإن جرحه اثنان لا يقضى به، وإن عدله بعد ذلك ألف.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنْهُ إِلاَّ النَّسَبَ وَالْمَوْتَ وَالنِّكَاحَ وَالدُّخُولَ وَوِلاَيَةَ الْقَاضِي فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ) وهذا استحسان. ويشترط أن يخبره بذلك رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان ممن يثق بهم، ويقع في قلبه صدقهم. ويشترط أيضاً أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة، كذا ذكره الخصاف.

وقيل: في الموت يكتفى بإخبار واحد إما رجل وإما امرأة واحدة؛ لأنه قلما يشاهد غير الواحد؛ إذ الإنسان يهابه ويكرهه، ولا كذلك النكاح والنسب.

وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسرها، أما إذا فسرها للقاضي بأن قال: أنا أشهد بالتسامع لم تقبل شهادته.

ثم إن الشيخ رحمه الله قصر الشهادة بالتسامع على خمسة أشياء، ولم يذكر غيرها، وهذا ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز في الولاء؛ لأنه بمنزلة النسب.

وعن محمد: أنه يجوز في الوقف؛ لأنه يبقى على ممر العصور والدهور.

قال الإمام ظهير الدين المرغيناني: لا بد في الشهادة على الوقف من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على المسجد، أو المقبرة حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل.

{مطلب في الشهادة على الشهادة}

قوله: (وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لاَ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ) احترازاً عن الحدود والقصاص.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ)؛ لأنها تؤثر فيها الشبهة، فلا تثبت بما قام مقام الغير.

قوله: (وَيَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) وقال الشافعي: لا يجوز إلا أربعة على كل أصل شاهدان؛ لأن كل شاهدين قائمان مقام واحد.

وصورته: شاهدان شهدا على شهادة رجل، ثم إنهما بعينهما شهدا أيضاً على شهادة رجل آخر، فإنه جائز؛ لأنه وجد على شهادة كل واحد شاهدان.

وعند الشافعي: لا يجوز إلا أن يشهد على شهادة الأول شاهدان، وعلى شهادة الآخر شاهدان غيرهما، ويجوز عندنا شهادة رجل وامرأتين على شهادة رجلين.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى شَهَادَةِ وَاحِدٍ)؛ لأن شهادة الواحد لا تقوم بها حجة، فلا بد من شهادة رجلين على شهادته، ولا يشبه هذا إذا شهد اثنان على اثنين؛ لأن الشاهدين جميعاً يشهدان على كل واحد منهما، فقد ثبتت شهادة كل واحد بشهادة شاهدين.

قوله: (وَصِفَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الأَصْلِ لِشَاهِدِ الْفَرْعِ: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلاَنَ بن فُلاَنٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا وَأَشْهَدَنِي عَلَى نَفْسِهِ) إنما يقول: وأشهدني إذا كان المقر أشهده على نفسه. أما إذا كان سمعه ولم يشهده على نفسه، فإنه يقول: أقر عندي، ولا يقول أشهدني كي لا يكون كاذباً.

ولو قال له في التحميل: اشهد أن لفلان على فلان كذا، فاشهد على شهادتي بذلك كفى، وإن قال: فاشهد بمثل ما شهدت به، أو كما شهدت، أو على ما شهدت لا يصح حتى يقول: فاشهد على شهادتي.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَشْهَدَنِي عَلَى نَفْسِهِ جَازَ) وأما قوله: اشهد على شهادتي، فلا بد منه، وهو شرط عندهما.

وقال أبو يوسف: تجوز وإن لم يذكر ذلك، ولا بد من عدالة الأصل والناقل.

قوله: (وَيَقُولُ شَاهِدُ هَذَا الْفَرْعِ عِنْدَ الأَدَاءِ: أَشْهَدُ أَنَّ فُلاَنًا أَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنَّ فُلاَنًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا وَقَالَ لِي: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ)؛ لأنه لا بد من شهادته، وذكر شهادة الأصل ولفظ التحميل، ويشترط بقاء شهود الأصل على أهلية الشهادة حتى لو فسقا، أو عميا، أو خرسا لم تقبل شهادة الفرع.

قوله: (وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الْفَرْعِ إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأَصْلِ أَوْ يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لاَ يَسْتَطِيعُونَ مَعَهُ حُضُورَ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ)؛ لأن شهود الفرع كالبدل من شهود الأصل، والبدل لا يثبت حكمه مع القدرة على الأصل بدلالة الماء والتراب.

وعن أبي يوسف: إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس، والأول أحسن، والثاني أرفق، وبه أخذ أبو الليث.

قوله: (فَإِنْ عَدَّلَ شُهُودُ الأَصْلِ شُهُودَ الْفَرْعِ جَازَ)؛ لأنهم من أهل التزكية. معناه: أن الفرع هم المزكون للأصول وذلك؛ لأن نقلهم لشهادتهم لا تمنع صحة تعديلهم، فلا فرق بين تعديلهم وتعديل غيرهم، ولا يجوز أن يقال: في ذلك تصحيح شهادتهم؛ لأن تصحيح شهادة الشاهد لا تؤثر في شهادته ألا ترى أنه يظهر من نفسه الصلاح والعدالة

ولا يؤثر ذلك في شهادته، وكذا إذا شهد شاهدان، فعدل أحدهما الآخر صح تعديله لما قلنا، كذا في الهداية.

قوله: (وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جَازَ وَيَنْظُرُ الْحَاكِمُ فِي حَالِهِمْ)؛ لأن التعديل لا يلزمهم، وهذا قول أبي يوسف؛ لأن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل؛ لأنه قد يخفى عليهم عدالتهم.

وقال محمد: إن لم تعدل شهود الفرع شهود الأصل لم يلتفت إلى شهادتهم؛ لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها فيهم لم ينقلوا الشهادة، فلا تقبل.

ثم إن عند أبي يوسف: إذا شهدوا وهم عدول وسكتوا عن تعديل أصولهم سأل الحاكم عن تعديلهم، فإن عدلوا حكم بشهادة الفروع وإلا فلا، وإن لم يعلم الحاكم بحال الأصول والفروع سأل عن جميعهم في السر وزكاهم في العلانية، كذا في الينابيع.

وإذا كان شاهد الأصل محبوساً في المصر، فأشهد على شهادته، هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته، وإذا شهد عند القاضي هل يحكم بها؟

قال في الذخيرة: اختلف فيه مشايخ زماننا.

قال بعضهم: إن كان محبوساً في سجن هذا القاضي لا يجوز؛ لأن القاضي يخرجه من سجنه حتى يشهد، ثم يعيده إلى السجن، وإن كان في سجن الوالي، ولا يمكنه الإخراج للشهادة يجوز.

وقوله: «وينظر الحاكم في حالهم»: يعني على ما تقدم من الخلاف في تعديل الشاهد قبل طعن الخصم عليه.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقبل الواحد في التعديل والجرح؛ لأن التعديل ليس بشهادة، وإنما هو خبر ألا ترى أنه لا يحتاج إلى لفظ الشهادة، ويثبت بالرسالة، ويقبل تعديل الوالد لولده والولد لوالده، ولا يحتاج إلى حضور خصم، ولا يفتقر تعديل الشهادة على الزنا إلى أربعة.

وقال محمد: لا يقبل فيه أقل من اثنين، والخلاف في تعديل السر. أما تعديل العلانية، فلا بد فيه من اثنين، ولفظ الشهادة بالإجماع.

وفي الهداية قالوا: يشترط في تزكية شهود الزنا أربعة عند محمد، وكذا اختلافهم في الترجمان إذا لم يفهم القاضي كلام الخصم على هذا يقبل فيه عندهما قول الواحد.

وعند محمد: لا بد من اثنين، وعلى هذا يقبل تعديل المرأة عندهما.

وقال محمد: لا يجوز.

ثم عند أبي حنيفة: إنما يقبل تعديلها في غير العقوبات، أما في العقوبة: فيشترط

الذكورة على أصله أن التزكية علة العلة، والعلة هي الشهادة، وعلة العلة التزكية، ويقول المزكي: هو عدل رضا، ولا يحتاج إلى قوله علي ولي؛ لأنه إذا قال: هو عدل رضا، فهو عدل عليه وله.

قال في الينابيع: إذا احتاج المدعي إلى إخراج الشهود إلى موضع، فاستأجر لهم دواب للركوب لم تقبل شهادتهم عند أبي يوسف، وإن أكلوا من طعامه في الطريق قبلت.

وقال محمد: لا أقبل شهادتهم في الوجهين جميعاً.

وقال نصر بن يحيى: لا بأس للمشهود له أن يتكلف للشاهد دابة إذا كان شيخاً لا يقدر على المشي.

وقال الفقيه أبو الليث: إن كان لهم قوة على المشي، أو ما يستكرون به دابة، فهو كما قاله أبو يوسف.

قوله: (وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ) بأن قالوا: ليس لنا في هذه الحادثة شهادة، وغابوا، أو ماتوا، ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم في هذه الحادثة، أو قالوا: لم نشهد الفروع على شهادتنا، فإن شهادة الفروع على شهادتهما لا تقبل؛ لأن التحميل لم يثبت وهو شرط.

مسائل: إذا شهد الفاسقان بشهادة فردت شهادتهما، ثم تابا وأنابا، ثم جاءا، فشهدا بها لم تقبل؛ لأنهما إنما ردت شهادتهما للتهمة، وهي باقية لجواز أن يكونا توصلاً بإظهار التوبة إلى تصحيح شهادتهما، وكذا إذا شهد الزوج الحر لزوجته بشهادة فردت، ثم أبانها وتزوجت غيره، ثم شهد لها بتلك الشهادة لم تقبل لجواز أن يكون توصل بطلاقها إلى تصحيح شهادته، وكذا إذا شهدت لزوجها، ثم أبانها، ثم شهدت له.

ولو شهد العبد، أو الكافر، أو المجنون، أو الصبي بشهادة فردت، ثم أعتق العبد، أو أسلم الكافر، أو أفاق المجنون، أو بلغ الصبي، ثم عادوا، فشهدوا بها قبلت شهادتهم؛ لأنهم لم يكونوا من أهل الشهادة حال أدائها ولا ردت شهادتهم لأجل التهمة، وإنما ردت لكونهم ليسوا من أهل الشهادة، ثم صاروا من أهلها، فزال المعنى الذي لأجله ردت شهادتهم، فلهذا قبلوا.

قوله: (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي شَاهِدِ الزُّورِ: أُشَهِرُهُ فِي السُّوقِ وَلاَ أُعَزِّرُهُ) أي ولا أضربه.

وتفسير الشهرة: ما ذكره في المبسوط أن شريحاً كان يبعث بشاهد الزور إلى أهل سوقه إن كان سوقياً، أو إلى قومه إن لم يكن سوقياً بعد العصر أجمع ما يكون، ويقول:

إن شريحاً يقرئكم السلام، ويقول لكم: أنا وجدنا هذا شاهد زور، فاحذروه وحذروا الناس منه، والرجل والمرأة في شهادة الزور سواء، ثم إذا تاب شاهد الزور، فشهد بعد ذلك في حادثة، هل تقبل شهادته؟

الجواب فيه على وجهين: إن كان فاسقاً، ثم تاب قبلت شهادته؛ لأن فسقه زال بالتوبة، ولم يبين في الكتاب مدة ظهور التوبة.

فعند بعضهم: مقدرة بستة أشهر.

وعند بعضهم: بسنة.

والصحيح يفوض إلى رأي القاضي.

والثاني: إن كان مستوراً لا تقبل شهادته أبداً في الحكم.

وعند أبي يوسف: تقبل، وعليه الفتوى، وشاهد الزور هو المقر على نفسه بذلك؛ إذ لا طريق إلى إثباته بالبينة؛ لأنه نفي للشهادة والبينات للإثبات، وقيل: هو أن يشهد بقتل رجل، ثم يجيء المشهود بقتله حيّاً حتى يثبت كذبه بيقين. أما إذا قال: أخطأت في الشهادة، أو غلطت لا يعزر.

قوله: (**وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ**)؛ لأن عمر رضي الله عنه أمر بشاهد الزور حتى عزر وسخم وجهه وطيف به وحبس.

قلنا: هذا محمول على أنه كان مصراً على ذلك.

وعند أبي حنيفة: إذا كان بهذه الصفة يعزر، ولهذا جمع عمر عليه التعزير والتسخيم والشهرة والحبس.

كتاب الرجوع عن الشهادة

هذا الباب له ركن، وشرط، وحكم.

فركنه: قول الشاهد: رجعت عما شهدت به، أو شهدت بزور.

وشرطه: أن يكون عند القاضي.

وحكمه: إيجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل القضاء بشهادته، أو بعد القضاء بها، والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء، وكان المشهود به مالاً، وقد أزاله بغير عوض، كذا في المستصفى.

قوله رحمه الله: (**إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ وَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِمْ**)؛ لأنهم لم يتلفوا بها شيئاً.

قوله: (**فَإِنْ حُكِمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا لَمْ يُفْسَخ الْحُكْمُ وَوَجَبَ عَلَيْهِمْ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ**)؛ لأنهم اعترفوا بالتعدي فلزمهم الضمان.

قوله: (**وَلاَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ الْحَاكِمِ**)؛ لأنه فسخ للشهادة، فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القاضي، والمراد أي حاكم كان. ولا يشترط الذي حكم.

وفائدة قوله: «لا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم»: أنه لو ادعى المشهود عليه رجوعهما لم تقبل خصومته، وإن أراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما؛ لأنه ادعى رجوعا باطلاً.

قوله: (**وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ فَحَكَمَ بِهِ الْحَاكِمُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ**)؛ لأن التسبب على وجه التعدي سبب للضمان كما في اليد، وقد تسببا للإتلاف تعديا، وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال؛ لأن الإتلاف به يتحقق.

قوله: (**وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ**) والأصل: أن المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع، وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق.

قوله: (**وَإِنْ شَهِدَ بِالْمَالِ ثَلاَثَةٌ فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ**)؛ لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فلا يلتفت إلى الراجع.

قوله: (**فَإِنْ رَجَعَ آخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ الْمَالِ**)؛ لأنه قد بقي على الشهادة من يقطع بشهادته نصف الحق .

قوله: (**وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتْ امْرَأَةٌ ضَمِنَتْ رُبعَ الْحَقِّ**) لبقاء ثلاثة أرباع المال ببقاء من بقي.

قوله: (**وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نِصْفَ الْحَقِّ**)؛ لأن بشهادة الرجل يبقى نصف الحق.

قوله: (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ فَرَجَعَ ثَمَانٍ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ)؛ لأنه بقي من يقطع بشهادته كل الحق.

قوله: (فَإِنْ رَجَعَتْ أُخْرَى كَانَ عَلَى النِّسْوَةِ رُبُعُ الْحَقِّ)؛ لأنه بقي النصف بشهادة الرجل، والربع بشهادة الباقية.

قوله: (فَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاءُ كَانَ عَلَى الرَّجُلِ سُدُسُ الْحَقِّ وَعَلَى النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأنه انقطع بشهادة كل امرأتين مثل ما انقطع بشهادة رجل، فصار كما لو كانوا ستة رجال، فرجعوا ضمنوا المال أسداساً.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ)؛ لأنهن وإن كثرن بمنزلة واحدة، وإن رجع النسوة العشر دون الرجل، فعليهن نصف الحق على القولين لما قلنا. إن الاعتبار ببقاء من بقي، وإن شهد رجلان وامرأة، ثم رجعوا جميعاً فالضمان على الرجلين دونها؛ لأنه لا يجوز شهادة امرأة واحدة فوجودها وعدمها سواء؛ لأنها بعض شاهد.

ولو شهد رجل وثلاث نسوة، فرجع الرجل وامرأة ضمن الرجل النصف ولم تضمن المرأة شيئاً عندهما، وعلى قياس قول أبي حنيفة يضمنان النصف أثلاثاً عليه الثلثان، وعليها الثلث، وإن رجعوا جميعاً كان عليه النصف، وعليهن النصف عندهما وعند أبي حنيفة عليه خمساً المال، وعليهن أخماسه، وإن شهد رجلان، وامرأتان فرجع المرأتان، فلا ضمان عليهما؛ لأن الرجلين يحفظان المال، فإن رجع الرجلان، وبقي المرأتان، فالمرأتان قامتا بنصف المال وعلى الرجلين نصف المال، وإن رجع رجل واحد لا ضمان عليه، فإن رجع رجل وامرأة وبقي رجل وامرأة، فعلى الرجل والمرأة ربع المال أثلاثاً، وإن رجعوا جميعاً كان الضمان أثلاثاً ثلثاه على الرجلين، والثلث على المرأتين.

قوله: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى الْمَرْأَةِ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ رَجَعَا فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِمَا)؛ لأنهما أتلفا عليه عين مال بعوض؛ لأن البضع عند دخوله في ملكه متقوم عند الإتلاف.

قوله: (وَإِنْ شَهِدَا بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا النُّقْصَانَ)؛ لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف.

وصورته: أن يشهدا أنه تزوجها على خمسمائة ومهر مثلها ألف، ثم يرجعان، فإنهما لا يضمنان شيئاً؛ لأنهما لم يخرجا عن ملكها ما له قيمة، والمال يلزم بإقرار الزوج؛ لأنه لما ادعى ذلك لزمه بإقراره.

قال في المصفى: إذا ادعى نكاح امرأة على مائة وقالت: هي على ألف ومهر مثلها ألف، فأقام شاهدين على مائة وقضي لها، ثم رجعا بعد الدخول بها لا يضمنان لها شيئاً عند أبي يوسف.

وعندهما: يضمنان لها تسعمائة بناء عندهما على أن القول قولها إلى تمام مهر مثلها، فكان يقضى لها بألف لولا شهادتهما، فقد أتلفا عليها تسعمائة.

وعند أبي يوسف: القول قول الزوج فلم يتلفا عليها شيئاً.

قوله: (**وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا أَوْ أَقَلَّ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا**)؛ لأن هذا إتلاف بعوض؛ لأن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كالإتلاف.

قوله: (**وَإِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الزِّيَادَةَ**)؛ لأنهما أتلفاها بغير عوض، ثم هذا النكاح جائز عند أبي حنيفة في الظاهر والباطن.

وعندهما: يجوز في الظاهر ولا يجوز في الباطن.

وفائدته: أنه يجوز وطؤها عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز.

قوله: (**وَإِنْ شَهِدَا بِبَيْعٍ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا**)؛ لأنهما حصلا له بشهادتهما مثل ما أزالاه عن ملكه، وهذا إذا كان المشتري يدعي، والبائع ينكر، أما إذا كان البائع يدعي، والمشتري ينكر يضمنان الزيادة، كذا في المستصفى.

قوله: (**وَإِنْ شَهِدَا بِأَقَلَّ مِنْ الْقِيمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ**)؛ لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض.

قوله: (**وَإِنْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا نِصْفَ الْمَهْرِ**)؛ لأنهما أكدا عليه ضماناً كان على شرف الزوال والسقوط. ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج، أو ارتدت سقط المهر أصلاً، وإن كان لم يسم لها مهراً وضمن المتعة رجع بها أيضاً عليهما.

قوله: (**وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ لَمْ يَضْمَنَا**)؛ لأن خروج البضع من ملك الزوج قيمة له والمهر يلزمه بالدخول فلم يتلفا عليه شيئاً له قيمة.

قوله: (**وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهُ**)؛ لأنهما أتلفا مالية العبد من غير عوض والولاء للمعتق؛ لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان، فلا يتحول الولاء، وإن شهدا أنه استولد جاريته هذه، فقضى القاضي بذلك، ثم رجعا ضمنا ما

نقصها الاستيلاد، والجارية باقية على ملكه، فإن مات المولى بعد ذلك عتقت وضمنا قيمتها أمة؛ لأنها تلفت بشهادتهما المتقدمة، فيجب ضمانها للورثة.

قوله: (وَإِنْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعَا بَعْدَ الْقَتْلِ ضَمِنَا الدِّيَةَ وَلاَ يُقْتَصُّ مِنْهُمَا)؛ لأنهما لم يباشرا القتل ولم يحصل منهما إكراه عليه.

وعند الشافعي: يقتص منهما، ثم عندنا يكون ضمان الدية في مالهما في ثلاث سنين؛ لأنهما معترفان، والعاقلة لا تعقل الاعتراف، ولا يجب عليهما الكفارة، ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدي المشهود عليه، فإنهما يرثانه.

قوله: (وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الْفَرْعِ ضَمِنُوا)؛ لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم، فكان التلف مضافاً إليهم.

قوله: (وَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ) يعني بعد ما قضى القاضي بشهادة الفرعين (وَقَالُوا: لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الْفَرْعِ عَلَى شَهَادَتِنَا فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) أي على الأصول؛ لأنهم أنكروا الإشهاد، ولا يبطل القضاء.

قوله: (وَإِنْ قَالُوا: أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا ضَمِنُوا) هذا عند محمد؛ لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فصار كما لو حضروا.

وأما عندهما: فلا ضمان على الأصول إذا رجعوا؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع، وإن رجع الأصول والفروع فعندهما: الضمان على الفروع؛ لأن القضاء وقع بشهادتهم.

وعند محمد: هو بالخيار إن شاء ضمن الفروع، أو الأصول.

قوله: (وَإِنْ قَالَ شُهُودُ الْفَرْعِ: كَذَبَ شُهُودُ الأَصْلِ أَوْ غَلِطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى ذَلِكَ)؛ لأن ما أمضى من القضاء لا ينقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم؛ لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم، إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

قوله: (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزِّنَا وَشَاهِدَانِ بِالإِحْصَانِ فَرَجَعَ شُهُودُ الإِحْصَانِ لَمْ يَضْمَنُوا)؛ لأن شهود الإحصان غير موجبين للرجم، وإنما الإحصان شرط فيه كالبلوغ والعقل، ولأن الرجم عقوبة والإحصان لا يجوز العقاب عليه؛ إذ هو البلوغ والإسلام والتزويج والحرية، وهذه معان لا يعاقب عليها، وإنما يستحق العقاب بالزنا لا بغيره، ولأن الإحصان كان موجودا فيه قبل الزنا غير موجب للرجم، فلما وجد الزنا بعد الإحصان وجب الرجم، وإذا لم يجب بشهادة شهود الإحصان رجم لم يضمنوا بالرجوع.

قوله: (وَإِذَا رَجَعَ الْمُزَكُّونَ عَنِ التَّزْكِيَةِ ضَمِنُوا) هذا عند أبي حنيفة؛ لأنهم جعلوا شهادة الشهود شهادة. ألا ترى أنها كانت قبل التزكية لا يتعلق بها حكم، وإنما يتعلق

بالتزكية، وعندهما: لا ضمان عليهم؛ لأنهم أثنوا على الشهود، فصاروا كشهود الإحصان.

وصورته: أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فزكوا فرجم، فإذا الشهود عبيد، فالدية على المزكين عند أبي حنيفة.

ومعناه: إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا: علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم أما إذا ثبتوا على التزكية وزعموا أنهم أحرار، فلا ضمان عليهم ولا على الشهود؛ لأنه لم يتبين كذب الشهود لجواز أن يكونوا صدقوا في ذلك، ولا يحد الشهود حد القذف؛ لأنهم قذفوا حيّاً، وقد مات فلا يورث عندنا.

وقال أبو يوسف ومحمد: الدية على بيت المال.

وقيل: الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا: هم أحرار. أما إذا قالوا: هم عدول فبانوا عبيداً لا يضمنون إجماعاً؛ لأن العبد قد يكون عدلاً.

قوله: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً)؛ لأن الحكم يتعلق باليمين ودخول الدار شرط في ذلك، فهم كشهود الإحصان مع شهود الزنا.

ومعنى المسألة: يمين العتق والطلاق قبل الدخول. أما بعده فلا يظهر فيه فائدة؛ لأن شهود الطلاق بعد الدخول إذا رجعوا لا ضمان عليهم، وإنما تظهر الفائدة في الطلاق قبل الدخول، أو فيما إذا شهد شاهدان أنه حلف بعتق عبده لا يدخل هذه الدار، وشهد آخران أنه دخلها فحكم بعتق العبد، ثم رجعوا جميعاً، فالضمان على شاهدي اليمين بالعتق دون شاهدي الدخول؛ لأن العبد إذا دخل الدار عتق باليمين لا بالدخول، فإذا كان هكذا، فالضمان على شاهدي اليمين. ألا ترى أن رجلاً لو قال لعبده: إن ضربك فلان، فأنت حر، فضربه فلان يعتق العبد، ولا يضمن الضارب؛ لأنه عتق بيمين مولاه لا بالضرب، فكذلك هذا، والله أعلم.

كتاب آداب القاضي

الأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل.

واعلم أن القضاء أمر من أمور الدين، ومصلحة من مصالح المسلمين، يجب العناية به؛ لأن بالناس إليه حاجة عظيمة.

قوله رحمه الله: (لاَ تَصِحُّ وِلاَيَةُ الْقَاضِي حَتَّى يَجْتَمِعَ فِي الْمُوَلَّى شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ) وهي الحرية، والعقل، والبلوغ، والعدالة.

وإنما ذكر المولى بلفظ اسم المفعول، ولم يقل: «المتولي»؛ ليكون فيه دلالة على تولية غيره له بدون طلبه، وهو الأولى للقاضي. وإنما اعتبر فيه شرائط الشهادة؛ لأن الحكم لما كان فيه نفوذ الحكم على الغير أشبه الشهادة التي توجب الحق على الغير.

قال في شرحه: لا ينبغي أن يولى القضاء إلا الموثوق بعفافه وصلاحه ودينه.

قوله: (وَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الاجْتِهَادِ) وهو أن يكون عارفاً بالسنة والأحاديث، ويعرف ناسخها ومنسوخها وعامها وخاصها، وما أجمع عليه المسلمون من ذلك .

قوله: (وَلاَ بَأْسَ بِالدُّخُولِ فِي الْقَضَاءِ لِمَنْ يَثِقُ مِنْ نَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ فَرْضَهُ) وقد دخل في القضاء قوم صالحون، واجتنبه قوم صالحون. وترك الدخول فيه أحوط، وأسلم للدين والدنيا لما فيه من الخطر العظيم والأمر المخوف.

قوله: (وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخَاف الْعَجْزَ عَنْهُ وَلاَ يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ الْحَيْفَ فِيهِ) قال عليه السلام: «قاضيان في النار، وقاض في الجنة، رجل علم علماً، فقضى بما علم، فهو في الجنة، ورجل جهل، فقضى بما جهل، فهو في النار، ورجل علم، فقضى بغير ما علم، فهو في النار»[1].

قوله: (وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يَطْلُبَ الْوِلاَيَةَ وَلاَ يَسْأَلَهَا) أي لا يطلبها بقلبه، ولا يسألها بلسانه.

وفي الينابيع: الطلب أن يقول للإمام ولني والسؤال أن يقول للناس: لو ولاني الإمام قضاء مدينة كذا لأجبته إلى ذلك، وهو يطمع أن يبلغ ذلك إلى الإمام، فيقلده القضاء، وكل ذلك مكروه، لقوله عليه السلام: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه

---

(1) أخرجه علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنـــز العمال في سنن الأقوال والأفعال في كتاب الإمارة من قسم الأقوال في الفصل الأول في الترغيب عنه بلفظ: «قاضيان في النار وقاض في الجنة، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض عرف الحق فجار متعمداً، أو قضى بغير علم، فهما في النار»، عن بريدة، أخرجه الحاكم في المستدرك كتاب الأحكام.

نزل عليه ملك يسدده»[1].

قوله: (وَمَنْ قُلِّدَ الْقَضَاءَ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ دِيوَانُ الْقَاضِي الَّذِي قَبْلَهُ) وهي الخرائط التي فيها السجلات والصكوك ونصب الأوصياء والقوام بأموال الوقف.

قوله: (وَيَنْظُرُ فِي حَالِ الْمَسْجُونِينَ)؛ لأنه نصب ناظرا في أمور المسلمين.

قوله: (فَمَنْ اعْتَرَفَ مِنْهُمْ بِحَقٍّ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ وَمَنْ أَنْكَرَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ الْمَعْزُولِ عَلَيْهِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ) يعني إذا قال المعزول: إني حبسته بحق لم يلتفت إلى قوله: بدون البينة؛ لأنه بالعزل التحق بسائر الناس، وشهادة الفرد غير مقبولة، لا سيما إذا كانت على فعل نفسه.

قوله: (فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّى يُنَادِيَ عَلَيْهِ وَيَسْتَظْهِرَ فِي أَمْرِهِ) وصورة النداء: أن ينادى في مجلسه أياماً من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق، فليحضر، فإن لم يظهر له خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه، وإنما أخذ الكفيل جواز أن يكون له خصم غائب، فاستحب أن يتوثق في ذلك بأخذ الكفيل.

قوله: (وَيَنْظُرُ فِي الْوَدَائِعِ وَفِي ارْتِفَاعَاتِ الْوُقُوفِ) أي غلات الوقوف (فَيَعْمَلُ عَلَى) حسب (مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ) ولا يقبل قول المعزول في ذلك.

قوله: (وَيَجْلِسُ الْحَاكِمُ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي الْمَسْجِدِ) كي لا يشتبه مكانه على الغرباء، ويستقبل القبلة في جلوسه، ويدعو الله أن يوفقه ويسدده، ويقبل على الخصوم مفرغاً نفسه لهم، فإن دخله هم، أو ضجر، أو نعاس، أو غضب كف عن الحكم؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة اشتغل قلبه، فلم يفهم كلام الخصوم، ولا يقضي وهو جائع، أو عطشان، أو حاقن، أو حاقب، أو حابس، أو مريض؛ لأن ذلك يشغل قلبه، ولا يقضي وهو راكب، أو ماش ولا يرتشي لقوله عليه السلام: «لعن الله الراشي والمرتشي»[2]، وينبغي أن يتخذ كاتباً من أهل العفاف والصلاح، ويقعده بحيث يرى ما يكتب لئلا يلتبس عليه، وينبغي أن يكون الكاتب من أهل الشهادة؛ لأنه قد يحتاج إلى شهادته.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (168/2): حديث: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» أبو داود والترمذي وابن ماجه من طريق بلال عن أنس بلفظ: «من سأل القضاء»، والباقي مثله. وللترمذي: «من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه» فذكره. وأخرجه أحمد وإسحاق والبزار والحاكم.

(2) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الأحكام (باب: في الرشا)، رواه الطبراني في الصغير، ورجاله ثقات.

قوله: (وَلاَ يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلاَّ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ) وهذا إذا لم يكن للقريب خصومة. أما إذا كانت لا يقبل، وكذا المهدي إذا زاد على المعتاد، أو كانت له خصومة لا تقبل هديته.

قوله: (وَلاَ يَحْضُرُ دَعْوَةً إِلاَّ أَنْ تَكُونَ عَامَّةً) وهي التي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها يعملها، وهذا أصح ما قيل: في تفسيرها.

وقيل: هي دعوة العرس والختان والخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لم يعملها، ثم إن الشيخ، لم يفصل في الخاصة بين أن تكون لأجنبي، أو لذي رحم محرم منه.

وفي الهداية: لا يجيبها إلا إذا كانت لذي رحم محرم منه.

قوله: (وَيَشْهَدُ الْجَنَائِزَ وَيَعُودُ الْمَرْضَى)؛ لأن ذلك من السنة، ومن حقوق المسلم، فلا يمنع القضاء منها، وقد كان النبي عليه السلام يشهد الجنائز، ويعود المرضى، وهو أفضل الحكام.

قوله: (وَلاَ يُضَيِّفُ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ)؛ لأن فيه ترك التسوية، وفيه إشارة إلى أنه لا بأس أن يضيفهما جميعاً لوجود التسوية.

قوله: (فَإِذَا حَضَرَا سَاوَى بَيْنَهُمَا فِي الْمَجْلِسِ وَالإِقْبَالِ) وكذا في النظر إليهما، والكلام معهما. وينبغي لمن يدخل مجلس القاضي لأجل الخصومة أن لا يسلم على القاضي، فإن سلم لا يجب عليه رد سلامه، فإن أراد جوابه لا يزيد على قوله وعليكم السلام، ويسلم الشاهد على القاضي، ويرد عليه.

ثم إذا سمع القاضي البينة ولم يحكم بها حتى غاب المدعى عليه حكم بها، ولا ينتظر عوده عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا بد من إحضاره، كذا في الينابيع.

قوله: (وَلاَ يُسَارِرْ أَحَدَهُمَا وَلاَ يُشِيرُ إِلَيْهِ وَلاَ يُلَقِّنُهُ حُجَّةً)؛ لأن فيه كسر قلب الآخر وإضعافاً له، وكذا لا يرفع صوته على أحدهما ما لم يرفعه على الآخر؛ لأن ذلك يدهشه، وربما تحير وترك حقه، وكذا لا يضحك في وجه أحدهما دون صاحبه.

قوله: (فَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبْسِهِ وَأَمَرَهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ)؛ لأن الحبس إنما هو جزاء المماطلة، فلا بد من ظهورها، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره؛ لأنه لا يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة، فلعله طمع في الإمهال، فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه. وأما إذا ثبت الحق بالبينة

حبسه، حتى يثبت لظهور المطل بإنكاره، كذا في الهداية. وإذا طمع الحاكم في أن يصطلح الخصمان، فلا بأس أن يردهما، ولا ينفذ الحكم بينهما لعلهما يصطلحان، أو يعلمهما أن الصلح خير، قال عمر رضي الله عنه: ردوا الخصوم كي يصطلحون، فإن فصل القضاء يورث الضغائن، ولا ينبغي أن يردهم أكثر من مرتين.

قوله: (فَإِنْ امْتَنَعَ حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلاً عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ كَثَمَنِ الْمَبِيعِ وَبَدَلِ الْقَرْضِ أَوْ الْتَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ)؛ لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه، وإنما يحبسه إذا كان موسراً. أما إذا كان معسراً لا يحبسه. وأما المهر فالمراد به المعجل دون المؤجل.

قوله: (وَلاَ يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ) كعوض المغصوب، وأرش الجنايات (إِذَا قَالَ: إِنِّي فَقِيرٌ) إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً، فيحبسه حينئذ.

قوله: (وَيَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ)؛ لأنه استحق الإنظار إلى الميسرة، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً، وليس تقدير مدة حبسه بشهرين، أو ثلاثة بلازم، بل التقدير فيه مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الناس فيه، فمن الناس من يضجره الحبس القليل، ومنهم من لا يضجره الكثير، ففوض ذلك إلى رأي الحاكم، فإن قامت البينة على إفلاسه قبل حبسه، أو قبل المدة تقبل في رواية، ولا تقبل في أخرى. وهي المختار؛ لأن البينة لا تطلع على إعساره، ولا يساره لجواز أن يكون له مال مخبوء لا يطلع عليه الشهود، فلا بد من حبسه، ثم إذا حبسه القاضي المدة المذكورة، وسأل عنه، فأخبر بإعساره أخرجه من الحبس، ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة، بل إذا أخبره بذلك ثقة عمل بقوله، والاثنان أحوط، وهذا إذا لم يكن الحال حال منازعة. أما إذا كان بأن ادعى المطلوب الإعسار، وقال الطالب: هو موسر، فلا بد من إقامة البينة.

قوله: (وَلاَ يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ) بعد خروجه من الحبس، فإن دخل داره لحاجة لا يتبعونه، بل ينتظرونه حتى يخرج، فإن كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بها، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها.

قوله: (وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ)؛ لأنه ظالم بالامتناع عنها، ويحبس أيضاً في دين مكاتبه وعبده المأذون المديون، ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة؛ لأنه لا يصير ظالماً بذلك، والحبس إنما هو جزاء الظلم.

قوله: (وَلاَ يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ) يعني لا يحبس الوالدون، وإن علوا لأجل

دين الولد؛ لأن الحبس نوع عقوبة، فلا يستحقها الولد على والديه كالحدود والقصاص، قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [1]، والحبس أشد من ذلك.

قوله: (وَيُحْبَسُ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) إذا كان صغيراً فقيراً؛ لأن في ذلك إحياء الولد والنفقة لا تستدرك بمضي الزمان بخلاف دين الولد، فإنه إنما لا يحبس به؛ لأنه لا يسقط بمضي الزمان.

قال الخجندي: إذا كان المديون صغيراً، وله ولي يجوز له قضاء ديونه، وللصغير مال حبس القاضي الولي إذا امتنع من قضاء ديونه.

قوله: (وَيَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلاَّ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) اعتباراً لشهادتها.

{مطلب في كتاب القاضي إلى القاضي}

قوله: (وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُقُوقِ إِذَا شَهِدَ بِهَا عِنْدَهُ) يريد به من قاضي مصر إلى قاضي آخر، ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق، ولا يقبل كتاب قاضي الرستاق، إذا ورد على قاضي مصر، كذا في الينابيع. وأما شرط الشهادة: فلأن القاضي المكتوب إليه لا يعلم أنه كتاب القاضي إلا بها.

وقوله: «إذا شهد بها عنده»: يعني بالحقوق، ويروي به عنده أي بالكتاب، وإنما يقبل كتاب القاضي إلى القاضي إذا كان بينهما مسيرة سفر ثلاثة أيام فصاعداً. أما إذا كان أقل من ذلك لا تقبل.

وفي نوادر هشام: إذا كان في مصر واحد قاضيان جاز كتاب أحدهما إلى الآخر في الأحكام، كذا في الينابيع.

ولو مات القاضي الكاتب، أو عزل قبل وصول كتابه إلى المكتوب إليه لا يعمل به؛ لأن كتابه يقوم مقام خطابه، وخطابه بعد العزل لا يثبت به حكم، وبعد الموت يخرج من أن يكون كتابه بمنزلة خطابه؛ لأن خطابه قد بطل، وإن وصل إليه الكتاب فقرأه، ثم مات الكاتب بعد ذلك، أو عزل فذلك جائز، وإن مات المكتوب إليه أولاً، أو عزل وولي غيره القضاء لم ينبغ له أن يقبل الكتاب؛ لأنه كتب إلى غيره، وإن كان مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه.

قوله: (فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ حُكِمَ بِالشَّهَادَةِ وَكُتِبَ بِحُكْمِهِ) صورته: رجل

---

(1) سورة الإسراء: 23.

ادعى على رجل ألفاً، وأقام على ذلك بينة، أو أقر بذلك، فاصطلحا على أن يأخذها منه في بلد آخر يكتب هذا القاضي كتاباً إلى ذلك القاضي مخافة أن ينكره، فيأخذه بالكتاب.

قوله: (وَإِنْ شَهِدُوا بِغَيْرِ حَضْرَةِ خَصْمٍ لَمْ يُحْكَمْ) أي إن شهدوا عند القاضي الكاتب.

وقوله: وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها، وإنما يحكم بها؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز عندنا، ما لم يكن عنده خصم حاضر، وإذا لم يجز القضاء كان كتابه بمنزلة الشهادة عليه في إثبات الحق، فكأنه شهد بذلك عليه.

قوله: (وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُقُوقِ إِذَا شَهِدَ بِهَا عِنْدَهُ)؛ لأن الكتاب يشبه الكتاب، فلا يثبت إلا بحجة تامة.

قوله: (وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَهُ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ) أو يعلمهم به؛ لأنه لا شهادة بدون العلم (ثُمَّ يَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ) كي لا يتوهم التغيير. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط عندهما، وكذا حفظ ما في الكتاب أيضاً عندهما شرط.

وقال أبو يوسف: ليس شيء من ذلك شرطاً، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه.

واختار السرخسي قول أبي يوسف، ولا يفتحه حتى يسألهم عند أبي حنيفة عما في الكتاب، ويقول: هل قرأه عليكم؟ وهل ختمه بحضرتكم؟ فإن قالوا: لا، أو قرأه علينا ولم يختمه بحضرتنا، أو ختمه بحضرتنا ولم يقرأه علينا لا يفتحه، وإن قالوا: نعم قرأه علينا، وختمه بحضرتنا، فتحه حينئذ.

قوله: (وَإِذَا وَصَلَ إِلَى الْقَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ)؛ لأنه بمنزلة أداء الشهادة، فلا بد من حضوره، ولا بد أيضاً من حضور المشهود له؛ لأنه شهادة، والشهادة لا تثبت إلا بمدع وخصم.

قوله: (فَإِذَا سَلَّمَهُ الشُّهُودُ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَى خَتْمه فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلاَنٍ الْقَاضِي سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِه وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ فَضَّهُ حِينَئِذٍ وَقَرَأَهُ عَلَى الْخَصْمِ وَأَلْزَمَهُ مَا فِيهِ) ومعنى قوله: «في مجلس حكمه»: أي في مجلس يصح حكمه فيه حتى لو سلمه في غير ذلك المجلس لا يصح، كذا في شاهان.

وقوله: «وقرأه علينا»: فلا بد من أن يقولوا: ذلك عندهما.

وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي قبله، وإن لم

يقولوا: قرأه علينا.

قوله: (وَلاَ يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ)؛ لأنهما يسقطان بالشبهة، وفي كتاب القاضي إلى القاضي شبهة؛ لأن الخط يشبه الخط، فيمكن أنه لم يكن من القاضي، والحدود تدرأ بالشبهات.

قوله: (وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى الْقَضَاءِ إِلاَّ أَنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ)؛ لأنه قلد القضاء دون التقليد فيه، فصار كتوكيل الوكيل، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل، لا يجوز له أن يوكل إلا إذا قيل: له اعمل برأيك، وهنا إذا قال له الإمام: وله من شئت، فإنه يتمكن من الاستخلاف، ومن الدلالة على أن القاضي في معنى الوكيل أنه لا يجوز أن يحكم في غير البلد الذي جعل إليه كما لا يجوز للوكيل أن يتصرف، إلا فيما جعل إليه، فإن قضى المستخلف بمحضر من الأول، أو قضى المستخلف، فأجاز الأول جاز كما في الوكالة؛ لأنه حضر رأي الأول، وهو الشرط.

واعلم أن القضاة لا ينعزلون بموت الأمراء، والقضاة بموت الخليفة؛ لأنهم نواب عن جماعة المسلمين، وهم باقون، ولا ينعزل السلطان بموت الخليفة، كذا في النهاية.

قوله: (وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ آخَرَ أَمْضَاهُ إِلاَّ أَنْ يُخَالِفَ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ أَوْ الإِجْمَاعَ أَوْ يَكُونَ قَوْلاً لاَ دَلِيلَ عَلَيْهِ) مخالفة الكتاب مثل الحكم بحل متروك التسمية عمداً، والحكم بشاهد ويمين لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[1]، ومخالفة السنة كحل المطلقة ثلاثاً بنفس العقد كما هو مذهب سعيد بن المسيب.

وقوله: والإجماع مثل تجويز بيع أمهات الأولاد.

قوله: (وَلاَ يَقْضِي الْقَاضِي عَلَى غَائِبٍ)؛ لأنه يحتمل الإقرار، والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء، ولأن الغائب لا يجوز القضاء له، فكذا لا يجوز القضاء عليه.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) كالوكيل، أو من نصبه القاضي.

{مطلب في التحكيم}

قوله: (وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلاَنِ رَجُلاً لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَازَ إِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِصِفَةِ الْحَاكِمِ) بأن لم يكن كافراً، ولا عبداً، ولا صبياً، ويشترط أن يكون من أهل الشهادة وقت التحكيم والحكم، حتى لو كان وقت التحكيم عبداً، ثم أعتق، أو صبياً،

(1) سورة البقرة: 282.

فبلغ، أو كافراً، فأسلم، وحكم لا ينفذ حكمه.

ويروى أنه كان بين عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما مخاصمة، فحكما بينهما زيد بن ثابت، فأتياه فخرج إليهما، فقال زيد لعمر: هلا بعثت إلي فآتيك يا أمير المؤمنين؟ فقال عمر في بيته: يؤتى الحكم، فألقى لعمر وسادة، فقال عمر: هذا أول الجور، وكانت اليمين على عمر، فقال زيد لأبي لو أعفيت عنها أمير المؤمنين؟ فقال عمر: يمين لزمتني، بل أحلف فقال: أبي، بل نعفي أمير المؤمنين عنها، ونصدقه وهذا دليل على جواز التحكيم، ودليل على أن الإمام لا يكون قاضياً في حق نفسه، وإنما حكماه لفقهه، وقد كان معروفاً بالفقه فيهم، حتى روي أن ابن عباس كان يختلف إليه، ويأخذ بركابه إذا أراد أن يركب، وقال: هكذا أمرنا بأن نصنع بفقهائنا فيقبل زيد يده، ويقول: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا. وأما وضع زيد الوسادة لعمر فامتثال لقوله عليه السلام: «إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه»(1)، وإنما لم يستحسنه عمر رضي الله عنه في هذا الوقت.

وفي قوله: «هذا أول الجور»: دليل على وجوب التسوية بين الخصمين، ولم يكن ذلك يخفى على زيد لكن وقع عنده أن المحكم في هذا ليس كالقاضي، فبين له عمر رضي الله عنه أنه في حق الخصمين كالقاضي.

قوله: (**وَلاَ يَجُوزُ تَحْكِيمُ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ الذِّمِّيِّ وَالْمَحْدُودِ فِي قَذْفٍ وَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ**) لانعدام أهلية القضاء منهم اعتباراً بأهلية الشهادة.

قوله: (**وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا**)؛ لأنه مقلد من جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما.

قوله: (**فَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا**) يعني إذا حكم عليهما قبل الرجوع لصدور حكمه عن ولاية عليهما.

قوله: (**وَإِذَا رُفِعَ ذَلِكَ الْحُكْمُ إِلَى الْقَاضِي فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ**)؛ لأنه لا فائدة في نقضه، ثم إبرامه على ذلك الوجه.

وفائدة إمضائه ههنا: أنه لو رفع إلى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضي النقض فيما أمضاه هذا القاضي.

قوله: (**وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ**)؛ لأنه حكم لم يصدر عن ولاية الإمام، وإن حكما رجلين، فلا بد من اجتماعهما.

---

(1) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الأدب (باب: إكرام الكريم)، رواه الطبراني في الصغير والأوسط، وفيه عون بن عمرو القيسي، وهو ضعيف.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ)؛ لأنه لا ولاية لهما على دمهما، ولهذا لا يملكان إباحته، ولأن الحدود والقصاص يسقطان بالشبهة، ونقصان ولاية المحكم شبهة في المنع منه كشهادة النساء مع الرجال.

وفي الذخيرة: تجوز في القصاص؛ لأنه من حقوق العباد.

قوله: (وَإِذَا حَكَّمَا فِي دَمِ الْخَطَأِ فَقَضَى الْحَاكِمُ بِالدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ)؛ لأنه لا ولاية له عليهم؛ إذ لا تحكيم من جهتهم.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ) وكذا بالإقرار؛ لأنه حكم موافق للشرع.

قوله: (وَحُكْمُ الْحَاكِمِ لأَبَوَيْهِ وَوَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ بَاطِلٌ) أي حكم المحكم والمولى جميعاً؛ لأنه لم تقبل شهادته لهم، وكذا لا يصح القضاء لهم لأجل التهمة بخلاف ما إذا حكم عليهم، فإنه يجوز؛ لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة، فكذلك القضاء كذا في الهداية، والله أعلم.

كتاب القسمة

القسمة تمييز الحقوق، وتعديل الأنصباء.

قوله رحمه الله: (يَنْبَغِي لِلإِمَامِ أَنْ يُنَصِّبَ قَاسِمًا يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِيَقْسِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِغَيْرِ أَجْرٍ)؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم بها قطع المنازعة. وإنما يرزقه من بيت المال؛ لأن منفعة نصب القاسم تعم الكافة، فكانت كفايته في بيت مالهم غرماً بغنم.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَصَّبَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِالأَجْرِ) معناه بأجر على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص.

قوله: (وَيَجِبُ أَنْ يَكُون عَدْلاً مَأْمُونًا عَالِمًا بِالْقِسْمَةِ) يعني عدلاً فيما بينه وبين الله أميناً فيما بين الناس عالماً بأحكام القسمة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك حصل منه الحيف.

قوله: (وَلاَ يُجْبِرُ الْقَاضِي النَّاسَ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ) أي لا يجبرهم على أن يستأجروه؛ لأن في إجبارهم على ذلك إضراراً بهم؛ لأنه ربما يطلب منهم زيادة على أجر المثل ويتقاعد بهم.

قوله: (وَلاَ يَتْرُكُ الْقُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ)؛ لأنهم إذا اشتركوا تحكموا على الناس في الأجر وتقاعدوا عنهم، وعند عدم الاشتراك يتبادر كل منهم إلى ذلك خشية الفوت فترخص الأجرة.

قوله: (وَأُجْرَةُ الْقِسْمَةِ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن الأجر مقابل بالتمييز، وهو لا يتفاوت؛ لأن العمل يحصل لصاحب القليل مثل ما يحصل لصاحب الكثير، وربما يتصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فيتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عَلَى قَدْرِ الأَنْصِبَاءِ)؛ لأنه مؤنة الملك، فيقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة.

قلنا في حفر البئر: الأجر مقابل بنقل التراب، وهو لا يتفاوت والكيل والوزن إن كانا للقسمة قيل: هو على الخلاف وإن لم يكونا لها، فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت.

وقولنا: وإن لم يكونا للقسمة بأن اشتريا مكيلاً وأمر إنساناً ليكيله، ليصير الكل معلوم القدر، فالأجر على قدر الأنصباء.

قوله: (وَإِذَا حَضَرَ الشُّرَكَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي وَفِي أَيْدِيهِمْ دَارٌ أَوْ ضَيْعَةٌ ادَّعَوْا أَنَّهُمْ

وَرِثُوهَا عَنْ فُلَانٍ لَمْ يَقْسِمْهَا الْقَاضِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَوْتِهِ وَعَدَدِ وَرَثَتِهِ)؛ لأن القسمة قضاء على الميت؛ لأن التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة، حتى لو حدثت زيادة ينفذ وصاياه فيها، ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كانت قضاء على الميت، فالإقرار ليس بحجة عليه، فلا بد من البينة بخلاف المنقول وسائر العروض إذا ادعوها ميراثاً بينهم أنه يقسمها، وإن لم يقيموا البينة؛ لأنه يخشى عليها التوى. وأما العقار: فهو محصن بنفسه.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَقْسِمُهَا بِاعْتِرَافِهِمْ) ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم؛ لأن الدار ملكهم في الحال الظاهر؛ إذ اليد دليل الملك، والإقرار أمارة الصدق، ولا منازع لهم فيقسمها بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا؛ لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر.

والفرق لأبي حنيفة أن ملك المشتري ليس في حكم ملك البائع، بل هو ملك مستأنف. ألا ترى أنه لا يرد على بائع بعيب، فإذا قسمها بينهم كان ذلك تصرفاً عليهم، ولا يكون تصرفاً على البائع بخلاف الميراث، فإن التركة فيه باقية على حكم ملك الميت والوارث يخلفه فيه. ألا ترى أنه يرد الوارث على بائع الميت بالعيب، فالقسمة فيها تصرف على الميت، ونقل الشيء من حكم ملكه إلى ملك الورثة، وذلك لا يجوز، ولا يصدقون على انتقال الملك إليهم إلا ببينة.

قوله: (وَيَذْكُرُ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ أَنَّهُ قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ) وفائدته: أن حكم القسمة يختلف بين ما إذا كانت بالبينة، أو بالإقرار فمتى كانت بالبينة، يتعدى الحكم إلى الميت، وبالإقرار يقتصر عليهم حتى لا تبين امرأته، ولا يعتق مدبروه وأمهات أولاده، ولا يحل الدين الذي على الميت؛ لأنا لم نعلم موته بالبينة، وإنما علمناه بإقرارهم وإقرارهم لا يعدوهم.

قوله: (وَإِذَا كَانَ الْمَالُ الْمُشْتَرَكُ مِمَّا سِوَى الْعَقَارِ ادَّعَوْا أَنَّهُمْ وَرِثُوهُ قَسَمَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) يعني إذا كان عروضاً، أو شيئاً مما ينقل؛ لأن في قسمته حفظاً للميت؛ لأنه يحتاج إلى الحفظ، فإذا قسم حفظ كل واحد منهم ما حصل له والعقار محفوظ بنفسه.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَوْا فِي الْعَقَارِ أَنَّهُمْ اشْتَرَوْهُ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ) وقد ذكرناه.

قوله: (وَإِنْ ادَّعَوْا الْمِلْكَ وَلَمْ يَذْكُرُوا كَيْفَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ بِاعْتِرَافِهِمْ) معناه: إذا كان العقار في أيديهم يدعون أنه ملك لهم، ولا يدعون انتقال الملك فيه من غيرهم، فإنه يقسم بينهم باعترافهم؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنهم ما أقروا

بالملك لغيرهم وهذه رواية كتاب القسمة.

وفي الجامع الصغير: لا يقسمها حتى يقيموا البينة لاحتمال أن يكون لغيرهم.

قوله: (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الشُّرَكَاءِ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أَحَدِهِمْ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمْ يَنْتَفِعُ وَالآخَرُ يَتَضَرَّرُ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ فَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْكَثِيرِ قَسَمَ وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ لَمْ يَقْسِمْ)؛ لأن الأول: منتفع به فاعتبر طلبه، والثاني: متعنت في طلبه، فلم يعتبر.

وقوله: «وإن طلب صاحب القليل لم يقسم»: ولكن تجب المهايأة بينهم.

قوله: (وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَتَضَرَّرُ لَمْ يَقْسِمْ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمَا)؛ لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها، ويجوز بتراضيهما؛ لأن الحق لهما.

قوله: (وَيَقْسِمُ الْعُرُوضَ إِذَا كَانَتْ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ)؛ لأن القسمة هي تمييز الحقوق، وذلك يمكن في الصنف الواحد وذلك كالإبل، أو البقر، أو الغنم، أو الثياب، أو الدواب، أو الحنطة، أو الشعير يقسم كل صنف من ذلك على حدة.

قوله: (وَلاَ يَقْسِمُ الْجِنْسَانِ بَعْضُهُمَا فِي بَعْضٍ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمَا)؛ لأنه لا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي.

قوله: (وَقَالَ أَبو حَنِيفَةَ: لاَ يَقْسِمُ الرَّقِيقَ) يعني بانفراده، فإن كان معه شيء آخر قسم بالاتفاق.

قال في الينابيع: إنما لا يقسم إذا طلب القسمة بعض الشركاء دون بعض، أما إذا كانت بتراضيهم جاز.

قوله: (وَلاَ الْجَوَاهِرَ) المتفاوتة كاللؤلؤ والياقوت والزبرجد؛ لأن هذه أجناس مختلفة لا ينقسم بعضها في بعض. وأما إذا انفرد جنس منها، فالتعديل فيه يمكن، فيجوز قسمته. وأما الرقيق، فلا يمكن فيه ضبط المساواة؛ لأن المعاني المبتغاة منهم العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاء وحسن الخلق، وذلك لا يمكن الوقوف عليه، فصاروا كالأجناس المختلفة، وقد يكون الواحد منهم خيراً من ألف من جنسه قال الشاعر:

ولم أر أمثال الرجال تفاوتا   إلى الفضل حتى عد ألف بواحد

ولأن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة، فصار كالجنس المختلف بخلاف سائر الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس. ألا ترى أن الذكر والأنثى من

بني آدم جنسان، ومن الحيوانات جنس واحد.

وقال في الأصل: إذا كان مع الرقيق شيء سواه من الثياب وغيرها قسم، وأدخل فيه الرقيق تبعاً.

قال أبو بكر الرازي: وهذا محمول على تراضي الملاك بذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم.

قلنا: رقيق المغنم إنما قسم؛ لأن حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وهنا يتعلق بالعين والمالية تبع فافترقا.

قوله: (وَلاَ يُقْسَمُ حَمَّامٌ وَلاَ بِئْرٌ وَلاَ رَحًا إِلاَّ أَنْ يَتَرَاضَى الشُّرَكَاءُ) وكذا الحائط بين الدارين لاشتمال الضرر في الطرفين؛ إذ لا ينتفع بكل قسم منها.

قوله: (وَإِذَا حَضَرَ وَارِثَانِ وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ وَالدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهَا الْقَاضِي بِطَلَبِ الْحَاضِرِينَ وَنَصَّبَ لِلْغَائِبِ وَكِيلاً يَقْبِضُ نَصِيبَهُ) وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب له وصياً يقبض نصيبه.

قوله: (وَإِذَا كَانُوا مُشْتَرِينَ لَمْ يَقْسِمْ مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمْ) وإن أقاموا البينة على الشراء (وَإِنْ كَانَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْوَارِثِ الْغَائِبِ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يَقْسِمْ)؛ لأن في القسمة استحقاقاً ليد الغائب، فلا يجوز إلا أن يكون عنه خصم ولا خصم هنا.

قوله: (وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسِمْ) وإن أقام البينة؛ لأنه لا بد من حضور خصمين؛ لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً، فكذا مقاسماً ومقاسماً بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين، فإن كان الحاضر كبيراً، والغائب صغيراً نصب القاضي للصغير وصيّاً، وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها طلبا القسمة، وأقاما البينة على الميراث والوصية.

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ دُورٌ مُشْتَرَكَةٌ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ قُسِمَتْ كُلُّ دَارٍ عَلَى حِدَتِهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن الدور المختلفة بمنزلة الأجناس المختلفة، إلا أن يتراضوا على ذلك.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ الأَصْلَحُ لَهُمْ قِسْمَةَ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ قَسَمَهَا)؛ لأنها جنس واحد اسماً وصورة نظراً إلى أن أصل السكنى أجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى، فيفوض الترجيح إلى القاضي، وفي التقييد بقوله في مصر واحد إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما، وهي رواية هلال عنهما.

وعن محمد: تقسم إحداهما في الأخرى، والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت في محلة، أو في محال؛ لأن التفاوت فيما بينهما يسير.

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ وَضِيعَةٌ أَوْ دَارٌ وَحَانُوتٌ قَسَمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حِدَتِهِ) لاختلاف الجنس؛ لأن الدار والضيعة جنسان، وقد بينا أن الجنسين لا يقسم بعضهما في بعض؛ لأن القسمة تميز أحد الحقين من الآخر ولا اختلاط بين الجنسين. ثم إن الشيخ رحمه الله جعل الدار والحانوت جنسين، وهكذا ذكر الخصاف.

وفي الأصل: ما يدل على أنهما جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان.

{مطلب في كيفية القسمة}

قوله: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُصَوِّرَ مَا يَقْسِمُهُ) ليمكنه حفظه يعني يكتب على كل كاغدة: نصيب فلان كذا ونصيب فلان، كذا ليرفع تلك الكاغدة إلى القاضي حتى يتولى الإقراع بينهم بنفسه.

وفي الحواشي: معناه يصور ما يقسمه قطعاً، ويسويه على سهام المقسوم عليهم، ويعتبر أقل الأنصباء حتى لو كان سدساً جعله أسداساً، وإن كان ربعاً جعله أرباعاً ليمكن القسمة، وإن كان لأحدهم سدس، ولآخر ثلث، وللآخر نصف جعله ستة أسهم، ويلقب نصيباً بالأول، والذي يليه بالثاني والثالث على هذا، ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة، ويلقيها في كمه فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، إن كان يفي بسهمه، فإن كان ذلك صاحب السدس، فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف، فله الأول واللذان يليانه.

قوله: (وَيُعَدِّلُهُ) أي من حيث الصورة والقيمة أي يسويه على سهام القسمة، ويروى يعزله بالزاي، أي يقطعه بالقسمة عن غيره.

قوله: (وَيَذْرَعُهُ)؛ ليعرف قدره.

قوله: (وَيُقَوِّمُ الْبِنَاءَ) يعني إذا كان يحتاج إلى التقويم.

ثم قال في الهداية: يقوم البناء لحاجته إليه؛ إذ البناء يقسم على حدة، فيقوم حتى إذا قسمت الأرض بالمساحة، ووقع في نصيب أحدهم يعرف قيمة الدار ليعطي الآخر مثل ذلك.

قوله: (وَيُفْرِزُ كُلَّ نَصِيبٍ عَنْ الثَّانِي بِطَرِيقِهِ وَشِرْبِهِ حَتَّى لاَ يَكُونَ لِنَصِيبِ بَعْضِهِمْ بِنَصِيبِ الآخَرِ تَعَلُّقٌ) فتنقطع المنازعة، ويتحقق معنى القسمة على التمام.

قوله: (ثُمَّ يَكْتُبُ أَسْمَاءَهُمْ وَيَجْعَلُهَا قُرْعَةً ثُمَّ يُلَقِّبُ نَصِيبًا بِالأَوَّلِ وَالَّذِي يَلِيهِ

بِالثَّانِي وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّالِثِ وَعَلَى هَذَا ثُمَّ يُخْرِجُ الْقُرْعَةَ فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلاً فَلَهُ السَّهْمُ الأَوَّلُ وَمَنْ خَرَجَ ثَانِيًا فَلَهُ السَّهْمُ الثَّانِي) والقرعة ليست بواجبة، وإنما هي لتطييب الأنفس وسكون القلب ولنفي تهمة الميل حتى أن القاضي، لو عين لكل واحد منهم نصيباً من غير إقراع جاز؛ لأنه في معنى القضاء، فيملك الإلزام.

قوله: (وَلاَ يُدْخِلُ فِي الْقِسْمَةِ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمْ)؛ لأن إدخال ذلك يجعل العقد معاوضة، والمعاوضة لا يجبر عليها.

وصورته: دار بين جماعة أرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، وأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء دراهم، إلا إذا تعذر، فحينئذ للقاضي ذلك.

قوله: (فَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمْ وَلأَحَدِهِمْ مَسِيلٌ فِي مِلْكِ الآخَرِ أَوْ طَرِيقٌ وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي الْقِسْمَةِ فَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ عَنْهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَطْرِقَ وَيُسَيِّلَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ)؛ لأنه أمكن تحقيق القسمة من غير ضرورة.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فُسِخَتْ الْقِسْمَةُ)؛ لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط، فتستأنف، وهذا إذا لم يشترط القاسم في القسمة أن ما أصاب كل واحد منهم كان له بحقه؛ لأنه إذا لم يشترط ذلك لم يكن له حق الاستطراق في نصيب شريكه، فيصير من يقع له ذلك لا ينتفع بنصيبه، فلهذا فسخت. وأما إذا كان القاسم شرط فيها أن ما أصاب كل واحد منهم، فهو له بحقوقه، فإنه يترك الطريق والمسيل في حق الآخر على ما كان عليه قبل القسمة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ سُفْلٌ لاَ عُلُوَّ لَهُ وَعُلُوٌّ لاَ سُفْلَ لَهُ وَسُفْلٌ لَهُ عُلُوٌّ قَوَّمَ كُلٌّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَتِهِ وَقَسَمَ بِالْقِيمَةِ وَلاَ يَعْتَبِرُ بِغَيْرِ ذَلِكَ) وهذا قول محمد عليه الفتوى.

وعندهما: يقسم بالذراع.

ومعنى المسألة: إذا كان سفل مشترك بينهما وعلو لآخر.

وقوله: «علو لا سفل له»: أي علو مشترك بينهما وسفله لآخر.

وقوله: «وسفل له علو»: أي مشترك بينهما.

وجه قولهما: أن القسمة بالذراع هي الأصل، فيصار إليه ما أمكن.

ووجه قول محمد: أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئراً، أو إصطبلاً وغير ذلك، فلا يتحقق التعديل إلا بالقسمة.

ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذراع؟

فقال أبو حنيفة: ذراع من سفل بذراعين من علو.

وقال أبو يوسف: كل ذراع من العلو بذراع من السفل الذي لا علو له.

بيانه: سفل بين رجلين وعلو في بيت آخر بينهما أيضاً أرادا قسمتهما، فإنه يقسم البناء على طريق القيمة بالإجماع.

وأما الساحة: فتقسم بالذراع فذراع من السفل بذراعين من العلو عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: ذراع من العلو بذراع من السفل المقصود منهما السكنى، وهما متساويان فيه.

ولأبي حنيفة: أن منفعة العلو أنقص من منفعة السفل. ألا ترى أن منفعة السفل السكنى والبناء عليه وحفر البئر فيه، وأن يجعل فيه أوتاداً ومربطاً للدواب وغير ذلك. وأما العلو فلا منفعة فيه إلا السكنى لا غير؛ إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل، ولأن منفعة العلو لا تبقى بعد فوات السفل، ومنفعة السفل تبقى بعد فوات العلو.

وأما على قول محمد يقسمان بالقيمة؛ لأن منفعتهما تختلف باختلاف الحر والبرد، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة، والفتوى على قول محمد.

مسائل: بيت كامل، وهو سفل وعلو بين رجلين، وعلو في بيت آخر بينهما، أرادا قسمة ذلك بالتعديل، فكل ذراع من بيت الكامل بثلاثة أذرع من العلو؛ لأن ذراعاً من علوه بذراع من ذلك العلو، وذراع من سفل هذا بذراعين من علو ذلك وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: ذراع من البيت الكامل بذراعين من العلو، فإن كان سفل وبيت كامل فكل ذراع من الكامل بذراع ونصف من السفل عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من السفل.

فعلى قول أبي حنيفة: يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من البيت الكامل، وذلك أن يقسم مائة على ثلاثة؛ لأن كل ثلاثة أذرع من العلو بذراع من الكامل.

وعند أبي يوسف: خمسون ذراعاً من البيت الكامل بمائة ذراع من العلو المجرد؛ لأن العلو والسفل عنده سواء فخمسون من الكامل بمنزلة مائة خمسون منها سفل وخمسون علو.

قوله: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَقَاسِمُونَ فَشَهِدَ الْقَاسِمَانِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا) هذا قولهما.

وقال محمد: لا تقبل وسواء في ذلك قاسم القاضي وغيره.

وفي شرحه: إن قسما بغير أجرة قبلت شهادتهما، وإن قسما بأجرة لا تقبل.

وعند محمد: لا تقبل في الوجهين؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما.

ولهما: أنهما شهدا على فعل غيرهما، وهو الاستيفاء، والقبض لا على أنفسهما؛ لأن فعلهما التمييز.

وأما إذا قسما بالأجر فإن لهما منفعة إذا صحت القسمة، فأثر ذلك في شهادتهما بالإجماع؛ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه.

وفي المستصفى: شهادتهما مقبولة سواء قسما بأجر، أو بغير أجر، وهو الصحيح. فإن شهد قاسم واحد لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة.

قوله: (**وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْغَلَطَ وَزَعَمَ أَنَّهُ أَصَابَهُ شَيْءٌ فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالاسْتِيفَاءِ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى ذَلِكَ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ**)؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد تمامها، وقد أقر باستيفاء حقه، فلا يصدق إلا ببينة، فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء، فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي، فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما.

قوله: (**وَإِنْ قَالَ: اسْتَوْفَيْت حَقِّي ثُمَّ قَالَ: أَخَذْت بَعْضَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ**)؛ لأنه أقر بتمام القسمة واستيفائه لنصيبه، ثم ادعى حقاً على خصمه، وهو منكر، فلا تقبل عليه إلا ببينة.

قوله: (**وَإِنْ قَالَ: أَصَابَنِي إِلَى مَوْضِعِ كَذَا وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيَّ وَلَمْ يَشْهَدْ عَلَى نَفْسِهِ بِالاسْتِيفَاءِ وَكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ تَحَالَفَا وَفُسِخَتْ الْقِسْمَةُ**)؛ لأن العقد لم يتم بينهما.

وقوله: «لم يشهد على نفسه»: أي لم يقر.

قوله: (**وَإِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضٌ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ لَمْ تُفْسَخْ الْقِسْمَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَرْجِعُ بِحِصَّةِ ذَلِكَ مِنْ نَصِيبِ شَرِيكِهِ**) وقال أبو يوسف: تفسخ ويكون ما بقي بينهما نصفين. ومحمد مع أبي حنيفة في الصحيح.

وفي بعض النسخ: مع أبي يوسف.

قال في الهداية: الخلاف في جزء شائع من نصيب أحدهما.

أما في استحقاق بعض معين فلا تفسخ القسمة بالإجماع؛ لأن الاستحقاق يكون في معين لا في جميع الدار، وإن استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، كما إذا استحق نصف الدار مشاعاً تبطل القسمة لحق المستحق؛ لأنها لو لم تبطل احتجنا إلى القسمة لما في يد كل واحد منهما للمستحق، فيتفرق عليه نصيبه في موضعين، فيتضرر.

وأما إذا استحق نصف ما في يد أحدهما معلوماً مقسوماً، فالمستحق عليه بالخيار إن

شاء أبطل القسمة؛ لأنه تفرق عليه نصيبه باستحقاق بعضه، وإن لم تبطل القسمة يرجع على صاحبه بربع ما في يده؛ لأنه لو استحق عليه جميع ما في يده كان يرجع بنصف ما في يد شريكه، فإذا استحق النصف يرجع بربع ما في يده، وهذا أيضاً بالإجماع.

وأما إذا استحق نصف ما في يد أحدهما مشاعاً قال أبو حنيفة ومحمد: هو بالخيار كما لو استحق ما في يده معلوماً.

وقال أبو يوسف: تبطل القسمة؛ لأن باستحقاق جزء شائع ظهر شريك ثالث، والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين، والله أعلم.

كتاب الإكراه

الإكـــراه: اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره مع بقـــاء أهليته. وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به، وذلك إنما يكون من القادر سواء كان سلطاناً أو غيره.

فقولنا: «فينتفي به الرضا»: أي فيما يصير آلة له كالبيع.

وقوله: «أو يفسد به اختياره»: أي فيما يصير آلة له كالإتلاف، وذلك بأن يكون الإكـــراه كاملاً بأن يكون بالقتل، أو بالقطع، فينتفي به الرضا، ويفسد به الاختيار لتحقق الإلجـــاء؛ إذ الإنسان مجبول على حب الحياة، وذلك يضطره إلى ما أكره عليه، فيفسد به اختياره.

قوله رحمه الله: (الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَى إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لِصًّا)؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة لم يقدر المكره على الامتناع من ذلك لعجزه.

قوله: (وَإِذَا أُكْرِهَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ مَالِه أَوْ عَلَى شِرَاءِ سِلْعَةٍ أَوْ عَلَى أَنْ يُقِرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ يُؤَاجِرَ دَارِه وَأُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ أَوْ بِالْقَتْلِ أَوْ بِالْحَبْسِ فَبَاعَ أَوْ اشْتَرَى فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ وَرَجَعَ بِالْمَبِيعِ)؛ لأن من شرط هذه العقود التراضي، قال الله تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ ﴾ (1).

ثم إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً ثبت به الملك عندنا.

وقـــال زفر: لا يثبت؛ لأنه موقوف على الإجازة، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك.

ولـــنا: أن ركـــن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، والفساد لفقد شرطه، وهو التراضـــي، فصـــار كسائر الشروط المفسدة، فيثبت به الملك عند القبض، حتى لو قبضه وأعتقه، أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمته القيمة، وإن تصرف فيه تصرفاً يلحقه الفسخ كالبيع والإجارة والكتابة ونحوها، فإنه ينفسخ ولم ينقطع حـــق اســـترداد البائع، وإن تداولته الأيدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة، فإن تصرف المشـــتري فيها لا يفسخ؛ لأن الفساد فيها هناك لحق الشرع، وقد تعلق بالبيع الثاني حق

---

(1) سورة النساء: 29.

العبد وحقه مقدم لحاجته، أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني.

وقوله: «أو على أن يقر لرجل بألف درهم»: قال في شرحه: إذا أكره على أن يقر له بألف، فأقر بخمسمائة، فإقراره باطل؛ لأنه مكره على الألف، وعلى أبعاضها، وإن أكره على أن يقر بألف، فأقر بألفين لزمه الألف؛ لأن الألف الأول أكره عليه، فلم يلزمه، والألف الثاني لم تدخل تحت الإكراه، وإنما ابتدأه باختياره فلزمه، وكذا إذا أكره على أن يقر بألف درهم، فأقر بمائة دينار، أو صنف آخر غير ما أكره عليه لزمه ذلك.

قوله: (وَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعًا فَقَدْ أَجَازَ الْبَيْعَ) وكذا إذا أسلم المبيع طائعاً؛ لأنه دلالة الإجازة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ مُكْرَهًا فَلَيْسَ بِإِجَازَةٍ وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ) يعني الثمن وإن كان هالكاً لا يؤخذ منه شيء؛ لأنه مكره على قبضه، فكان أمانة، كذا في المستصفى.

قوله: (وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مُكْرَهٍ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْبَائِعِ) وإن كان قائماً رده عليه.

قوله: (وَلِلْمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُكْرِهَ إِنْ شَاءَ) فإن ضمن المكره كان له أن يرجع على المشتري بما ضمن وهو القيمة، وإن شاء ضمن المشتري وهو لا يرجع على المكره.

قوله: (وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَى أَنْ يَأْكُلَ الْمَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الْخَمْرَ فَإِذَا أُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِضَرْبٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ قَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ لَهُ) أن يقدم على ذلك (إِلاَّ أَنْ يُكْرَهَ عَلَيْهِ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ فَإِذَا خَافَ ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَى مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ) ومثل هذا إذا أكره على شرب الدم، أو أكل لحم الخنزير. وهذا إذا كان أكبر رأيه أنهم يوقعون به ما توعدوه به، أو غلب على ظنه ذلك. أما إذا لم يكن ذلك لم يسعه تناوله.

قوله: (فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْقَعُوا بِهِ ذَلِكَ وَلَمْ يَأْكُلْ فَهُوَ آثِمٌ)؛ لأن الميتة في هذه الحالة كالطعام المباح، ومن وجد طعاماً مباحاً فامتنع من أكله، حتى مات كان آثماً.

قوله: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الْكُفْرِ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ سَبِّ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم بِحَبْسٍ أَوْ قَيْدٍ أَوْ ضَرْبٍ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِإِكْرَاهٍ حَتَّى يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ) وكذا إذا أكره على قذف مسلم، أو مسلمة، أو شتمهما.

قــوله: (فَــإِذَا خَافَ ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ) إذا غلب على ظنه أنهم فاعلوه.

قوله: (فَإِذَا أَظْهَرَ ذَلِكَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ) لما روي: «أن المشركين أخذوا عمار بن ياسر وأكرهوه، حتى قال في آلهتهم: خيراً. وقال في رسول الله صلى الله عليه وسلم شراً، فلما جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: ما وراءك؟ قال: شر أكرهوني، حتى قلت: في آلهتهم خيراً، وقلت: فيك شراً. قال: كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئناً بالإيمان، قال: فإن عادوا فعد إلى الطمأنينة لا إلى الكفر»[1]، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ ﴾[2]؛ ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق، وفي الامتناع فوات النفس حقيقة، وإن أجرى كلمة الكفر بحبس أو قيد، وقال: كنت مطمئناً بالإيمان لم يصدق، كذا في الخجندي.

قــوله: (وَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ وَلَمْ يُظْهِرْ الْكُفْرَ كَانَ مَأْجُورًا) أي يكون أفضل من إقدامــه علــيه لما روي أن: «المشركين أخذوا حبيب بن عدي، فقالوا له: لنقتلنك، أو لتذكرن آلهتنا بخير وتشتم محمداً، فكان يشتم آلهتهم، ويذكر محمداً صلى الله عليه وسلم بخير فقتلوه وصلبوه، فقال عليه السلام: هو رفيقي في الجنة، وسماه سيد الشهداء»[3].

---

(1) قــال ابن حجر العسقلاني في الدراية (197/2): حديث: قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمار بن ياســر لمــا ابتلى بالإكراه: «كيف وجدت قلبك؟ فقال: مطمئناً بالإيمان، قال: فإن عادوا فعد» إســحاق بــن راهويه وعبد الرزاق وأبونعيم في الحلية، والحاكم والبيهقي من طريق أبي عبيدة بن محمــد بن عمار، عن أبيه قال: أخذ المشركون عمار بن ياسر، فلم يتركوه، حتى سب النبي صلى الله علــيه وسلم، وذكر آلهتهم بخير، فتركوه، فلما أتى النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك؟ قــال: شــر يــا رسول الله، ما تركت حتى نلت منك، وذكرت آلهتهم بخير، قال صلى الله عليه وســلم: «فكــيف تجد قلبك؟ قال: مطمئناً بالإيمان، قال صلى الله عليه وسلم: فإن عادوا فعد» وإسناده صحيح إن كان محمد بن عمار سمعه من أبيه.

(2) سورة النحل: 106.

(3) قــال ابن حجر العسقلاني في الدراية (197/2): حديث: أن خبيباً صبر على الإكراه حتى صلب، وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء، وقال فيه: هو رفيقي في الجنة، الواقدي في المغازي في قصــة قــتل خبيب بن عدي بمكة، من حديث نوفل بن معاوية الديلي قال: لما صلى خبيب الركعتين حملوه إلى خشبة، فأوثقوه رباطاً، ثم قالوا له: ارجع عن الإسلام، قال: لا، والله لا أفعل، ولو أن لي ما في الأرض جميعاً، فذكر الحديث في قتلهم إياه.

وأصل قصة خبيب في الصحيح مطولة في البخاري، ليس فيها أنه صلب، ولا أنه أكره، وأما قوله: =

قـوله: (وَإِنْ أُكْـرِهَ عَلَى إِتْلاَفِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْـوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ)؛ لأن مال الغير يستباح عند الضرورة كما في المجاعة، والإكراه ضرورة.

قـوله: (وَلِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُكْرِهَ)؛ لأن المكره آلة له، فكأن المكره فعل ذلك بنفسه.

قوله: (وَإِنْ أُكْرِهَ بِقَتْلٍ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ لاَ يَسَعُهُ قَتْلُهُ بَلْ يَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا وَيُعَزَّرُ)؛ لأن قتل المسلم لا يستباح للضرورة، فإن صبر حتى قتل كان مأجوراً.

قوله: (وَالْقِصَاصُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ إِنْ كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا) وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما القصاص، وعلى المكره الآمر الدية في ماله، ولا شيء على المكره المأمور.

وقـال زفر: على المكره القصاص؛ لأن الإكراه لا يبيح القتل، فحاله بعد الإكراه كحاله قبله.

ولأبي يوسـف: أن المكره لم يباشر القتل، وإنما هو سبب فيه كحافر البئر وواضع الحجر، وإنما وجبت الدية في ماله؛ لأن هذا قتل عمد تحول مالاً، والعاقلة لا تعقل العمد.

ولهمـا قوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1]، وإنما وجب القصاص على المكره؛ لأن فعل المكره ينتقل إليه، ويصير كالآلة، فكأنه أخذ بيد المكره، وفيها سيف فقتله به.

وقـيد بالعمـد؛ لأنه إذا كان خطأ تجب الدية على عاقلة المكره، والكفارة على المكـره إجماعاً. وفي قتل العمد لا يحرم المكره الميراث، وإن قيل له: لنقتلنك أو لتقتلن فلانـاً، فقال له: فلان إن قتلتني، فأنت في حل من دمي فقتله عمداً، فهو آثم، ولا شيء

=

وسماه صلى الله عليه وسلم: سيد الشهداء، فلم أجده، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: هو رفيقي في الجـنة، لم أجده أيضاً، وورد تسمية حمزة سيد الشهداء أخرجه الحاكم من طريقين عن جابر، وأخرجه هو والطبراني من حديث علي، وفيه قصة، وروى البزار من حديث زيد بن أرقم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «نعم المرء بلال، وهو سيد الشهداء».

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه فب كتاب الطلاق (باب: طلاق المكره والناسي) بلفظ: «إن الله تجاوز عـن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»، و«إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه».

عليه، وتجب ديته في مال الآمر، كذا في الكرخي.

وإن أكره بقتل على قتل مورثه مثل أبيه، أو أخيه فقتله لم يكن على المكره قود ولا دية، ولا يمنع الميراث وللقاتل الوارث أن يقتل الذي أكرهه عندهما.

وقال أبو يوسف: عليه الدية وإن كان المكره وارثاً للمقتول منع الميراث، وإن قال له: رجل لأقتلنك، أو لتقطعن يدك وسعه قطع يده؛ لأنه يصل بقطعها إلى إحياء نفسه.

قوله: (**وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ فَفَعَلَ ذَلِكَ وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ**) هذا عندنا خلافاً للشافعي.

قال الخجندي: الإكراه لا يعمل في الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة والتدبير والعفو عن دم العمد واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء فيه والإسلام.

أما إذا أكره على العتق، فأعتق صح عتقه ويرجع بقيمته عنده على المكره، وفي الطلاق قبل الدخول يرجع عليه بما التزمه من نصف الصداق والمتعة إن كان المهر غير مسمى، وإن كان بعد الدخول لا يرجع بشيء، وإن أكره على النكاح جاز العقد، فإن كان المسمى مثل مهر المثل، أو أقل جاز، ولا يرجع على المكره بشيء؛ لأنه عوضه مثل ما أخرجه عن ملكه، وإن كان أكثر من مهر المثل، فالزيادة باطلة، ويجب مقدار مهر المثل ويصير كأنهما سميا ذلك المقدار حتى أنه يتنصف بالطلاق قبل الدخول.

قوله: (**وَيَرْجِعُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ**) سواء كان المكره موسراً، أو معسراً، والولاء للمولى المعتق، ولا سعاية على العبد؛ لأن العتق وقع من جهة المولى، ولا حق لأحد في ملكه مع تمام الملك، وليس هذا كعبد الرهن إذا أعتقه الراهن، وهو معسر؛ لأن تعلق حق الغير بالملك هو الذي أوجب السعاية، وإن أكره على شراء ذي رحم محرم منه عتق ولا ضمان على المكره؛ لأنه أكرهه على الشراء دون العتق.

قوله: (**وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ**) هذا إذا كان المهر مسمى، فإن لم يكن مسمى رجع على المكره بما يلزمه من المتعة، وإنما وجب له الرجوع بذلك على المكره؛ لأنه قرر عليه ضماناً كان يجوز أن يتخلص منه؛ إذ المهر قبل الدخول على شرف السقوط. ألا ترى أن الفرقة لو كانت بسبب من جهة المرأة بأن ارتدت قبل الدخول، أو قبلت ابن زوجها، فإنه يسقط عنه المهر والمتعة، وإنما تأكد عليه ذلك بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه، فيضاف إلى المكره؛ لأنه قرره عليه، فكأنه أخذه من ماله فأتلفه عليه، وأما إذا كان الزوج قد دخل بها فلها المهر على الزوج

كـــاملاً ولا ضمان على المكره؛ لأن المهر تقرر في ذمته بالدخول لا بالطلاق، فلا يرجع عليه.

قـــوله: (وَإِنْ أَكْـــرَهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يُكْرِهَهُ السُّـــلْطَانُ)؛ لأن الإكـــراه لا يتصور في الزنا؛ لأن الوطء لا يمكن إلا بالانتشار وهو لا يكون مع الخوف، وإنما يكون مع اللذة وسكون النفس والاختيار له، فكأنه زنى باختياره وليس كذلك المرأة إذا أكرهت على الزنا، فإنها لا تحد؛ لأنه ليس منها إلا التمكين وذلك يحصل مع الإكراه، وأما إذا أكرهه السلطان، ففيه روايتان:

إحداهما: يجب به الحد، وبه قال زفر، والوجه فيه: ما ذكرنا.

والثانية: لا حد عليه ويعزر، ويجب عليه المهر؛ لأن السلطان لا يمكن مغالبته، ولا التظلم منه إلى غيره.

وفي البـــزدوي الكبير: إذا أكرهه السلطان على الزنا لا يسعه الإقدام عليه؛ لأن فيه فساد الفراش، وضياع النسل، وذلك بمنزلة القتل.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لاَ يَلْزَمُهُ الْحَدُّ) ويعزر سواء أكرهه السلطان، أو غيره؛ لأن الانتشار من طبع الإنسان، فيحصل بغير اختياره، ثم يكره على المواقعة، فيصح الإكراه، ويسقط الحد، ويجب المهر؛ لأن الوطء في ملك الغير لا يخلو من حد، أو مهر، فـــإذا سقط الحد وجب المهر، ولا يرجع به على الذي أكرهه، وإن أكره عليه بحبس، أو قـــيد، أو ضرب لا يخاف منه تلفاً، فليس له أن يفعل، فإن فعل فعليه الحد؛ لأن الحبس والقـــيد إكراه في الأموال والعقود. فأما المحظورات، فلا إكراه فيها إلا بما يخاف منه تلف نفس أو عضو.

قـــوله: (وَإِذَا أُكْـــرِهَ عَلَـــى الرِّدَّةِ لَمْ تَبِنْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ) يعني إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان؛ لأن الردة تتعلق بالاعتقاد.

وروى الحســـن أنـــه يكون مرتداً في الظاهر، وفيما بينه وبين الله يكون مسلماً إن أخلص الإيمان، وتبين امرأته، ولا يصلى عليه، ولا يورث، ولا يرث من ابنه المسلم، لكن الأول هو المشهور.

وإن أكره كافر على الإسلام، فأسلم صح إسلامه، لقوله تعالى: ﴿ وَلَهُۥٓ أَسۡلَمَ مَن فِي

﴿ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ طَوۡعٗا وَكَرۡهٗا﴾[1]. وقال عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[2]، وهذا إكراه على الإسلام، والله أعلم.

---

(1) سورة آل عمران: 83.

(2) قال الزيلعي في نصب الراية (3/379-380): قال عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله»؛ قلت: روي من حديث أبي هريرة؛ ومن حديث ابن عمر؛ ومن حديث جابر؛ ومن حديث عمر؛ ومن حديث أنس.

فحديث أبي هريرة أخرجه البخاري، ومسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه، وحسابه على الله»، انتهى. وفي لفظ لمسلم: «حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، ويؤمنوا بي وبما جئت به، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله»، انتهى.

وحديث عمر: أخرجه البخاري، ومسلم أيضاً عن أبي هريرة قال: لما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم، واستخلف أبو بكر بعده، وكفر من كفر من العرب، قال عمر بن الخطاب لأبي بكر رضي الله عنهما: كيف تقاتل الناس، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله، ونفسه إلا بحقه، وحسابه على الله؟ قال أبو بكر: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عقالاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لنقاتلنهم على منعه، فقال عمر: فوالله ما هو إلا أن رأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال، فعرفت أنه الحق، انتهى. وفي لفظ للبخاري: والله لو منعوني عناقاً، أخرجه في الزكاة.

وحديث ابن عمر: أخرجاه أيضاً عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوه عصموا مني دماءهم وأموالهم، وحسابهم على الله» انتهى. زاد البخاري: «إلا بحق الإسلام».

وحديث جابر: أخرجه مسلم عن أبي الزبير عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»، بلفظ حديث أبي هريرة، وزاد: ثم قرأ ﴿إِنَّمَآ أَنتَ مُذَكِّرٞ ۝ لَّسۡتَ عَلَيۡهِم بِمُصَيۡطِرٍ﴾ [سورة الغاشية: 21-22]، انتهى.

وحديث أنس: أخرجه البخاري عنه في «الصلاة» قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها، وصلوا صلاتنا، واستقبلوا قبلتنا، وذبحوا ذبيحتنا، فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله»، انتهى.

وفيه حديث آخر: أخرجه مسلم عن طارق بن أشيم، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من قال: لا إله إلا الله، وكفر بما يعبد من دون الله، حرم الله ماله ودمه، وحسابه على الله»، وفي لفظ: «من وحد الله» أخرجها كلها مسلم في «الإيمان».

كتاب السير

هو جمع سيرة، وهي الطريقة في الأمور.

وفي الشرع: عبارة عن الاقتداء بما يختص بسيرة النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه. والسير ههنا هو الجهاد للعدو. وهو ركن من أركان الإسلام.

والأصل في وجوبه: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾ [1]، أي فرض عليكم القتال، وهو شاق عليكم.

وقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [2].

وقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [3]، أي لا يكون شرك ﴿وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ﴾ [4].

قوله رحمه الله: (**الْجِهَادُ فَرْضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ إِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنْ النَّاسِ سَقَطَ عَنْ الْبَاقِينَ**) يعني إذا كان بذلك الفريق كفاية. أما إذا لم يكن بهم كفاية فرض على الأقرب، فالأقرب من العدو إلى أن تقع الكفاية.

قوله: (**فَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ**)؛ لأن الوجوب على الكل إلا أن في اشتغال الكل به قطع مصالح المسلمين من بطلان الزراعة ومنافع المعيشة.

قوله: (**وَقِتَالُ الْكُفَّارِ وَاجِبٌ عَلَيْنَا وَإِنْ لَمْ يَبْدَءُونَا**)؛ لأن قتالهم لو وقف على مباداتهم لنا لكان على وجه الدفع، وهذا المعنى يوجد في المسلمين إذا حصل من بعضهم لبعض الأذية، وقتال المشركين مخالف لقتال المسلمين.

قوله: (**وَلاَ يَجِبُ الْجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ وَلاَ مَجْنُونٍ وَلاَ عَبْدٍ وَلاَ امْرَأَةٍ وَلاَ أَعْمَى وَلاَ مُقْعَدٍ وَلاَ أَقْطَعَ**)؛ لأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الوجوب؛ لأن القلم مرفوع عنهما، والعبد لتقدم حق المولى؛ ولأنه يسقط عنه فرض الحج والجمعة، وهما من فروض الأعيان والمرأة يسقط عنها فرض الجمعة فسقوط فرض الكفاية عنها أولى والأعمى والمقعد والأقطع عاجزون، ولهذا سقط عنهم فرض الحج وسواء كان أقطع الأصابع، أو أشل؛ ولأنه يحتاج في القتال إلى يد يضرب بها ويد يتقي بها، فإن أذن المولى لعبده في القتال خرج إليه؛ لأن المنع لحقه وقد رضي بإسقاطه.

---

(1) سورة البقرة: 216. (2) سورة التوبة: 5.

(3) سورة البقرة: 193. (4) سورة البقرة: 193.

قــوله: (فَإِنْ هَجَمَ الْعَدُوُّ عَلَى بَلَد وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ تَخْرُجُ الْمَرْأَةُ بِغَيْــرِ إِذْنِ زَوْجِهَــا وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ)؛ لأنه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا تأثير له في حق فروض الأعيان كما في الصلاة والصوم.

{مطلب في كيفية القتال}

قوله: (وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُونَ دَارَ الْحَرْبِ فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنًا دَعَوْهُمْ إِلَى الإِسْلاَمِ فَإِنْ أَجَابُوهُمْ كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ) لحصول المقصود.

قوله: (وَإِنْ امْتَنَعُوا دَعَوْهُمْ إِلَى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ) يعني في حق من يقبل منهم الجزية احترازاً عن عبدة الأوثان من العرب والمرتدين؛ لأنهم لا يقبل منهم إلا الإسلام، أو السيف، قال الله تعالى: ﴿ تُقَـٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ ﴾ (1).

قوله: (فَإِنْ بَذَلُوهَا) أي قبلوها (فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَيْهِمْ) أي يكون دماؤهم وأموالهم كدماء المسلمين وأموالهم.

قوله: (وَإِنْ امْتَنَعُوا قَاتَلُوهُمْ)؛ لأنهم قد أعذروا إليهم، فأبوا فوجب قتالهم.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُقَاتِلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَةُ الإِسْلاَمِ إِلاَّ بَعْدَ أَنْ يَدْعُوَهُمْ) فإن قاتلوهم قبل الدعوة أثموا ولا غرامة عليهم في ذلك.

قــال الينابيع: إنما لا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة في ابتداء الإسلام. أما في زماننا، فلا حاجة إلى الدعوة؛ لأن الإسلام قد فاض واشتهر فما من زمان، أو مكان إلا وقــد بلغــه بعثة النبي صلى الله عليه وسلم ودعاؤه إلى الإسلام، فيكون الإمام مخيراً بين البعث إليهم وتركه، وله أن يقاتلهم جهراً وخفية.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْعُوَ مَنْ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ إِلَى الإِسْلاَمِ وَلاَ يَجِبُ ذَلِكَ)؛ لأن الدعــوة قد بلغتهم، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم: «أغار على بني المصطلق، وهم غارون -أي غافلون- ونعمهم تستقي على الماء»(2)، وهذا يدل على جواز القتال من غير تجديد الدعوة.

قــوله: (فَــإِنْ أَبَوْا اسْتَعَانُوا عَلَيْهِمْ بِاَللَّهِ تَعَالَى)؛ لأنه هو الناصر لأوليائه والمدمر لأعدائه.

---

(1) سورة الفتح: 16.

(2) أخــرجه علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنــز العمال في سنن الأقوال والأفعال في كتاب الغزوات والوفود من قسم الأفعال (باب غزواته صلى الله عليه وآله وسلم وبعوثه ومراسلاته).

قــوله: (وَنَصَــبُوا عَلَيْهِمْ الْمَجَانِيقَ) أي ينصبونها على حصونهم ويهدمونها كما نصبها النبي صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف.

قــوله: (وَحَــرَّقُوهُمْ)؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم: «أحرق البويرة»[1]، وهو موضع بقرب المدينة فيه نخل.

قــوله: (وَأَرْسَلُوا عَلَيْهِمْ الْمَاءَ وَقَطَعُوا شَجَرَهُمْ وَأَفْسَدُوا زَرْعَهُمْ)؛ لأن في ذلك كســر شــوكتهم، وتفريق جمعهم، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم: «حاصر بني النضير وأمر بقطع نخيلهم وحاصر أهل الطائف وأمر بقطع كرومهم»[2].

قــوله: (وَلاَ بَــأْسَ بِــرَمْيِهِمْ وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ) يعني يرميهم بالنشاب والحجارة والمنجنيق؛ لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن جماعة المسلمين وقتل التاجر والأسير ضرر خاص.

قــوله: (فَــإِنْ تَتَرَّسُــوا بِصِبْيَانِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ بِالأُسَارَى لَمْ يَكُفُّوا عَنْ رَمْيِهِمْ وَيَقْصِــدُونَ بِالرَّمْــيِ الْكُفَّارَ)؛ لأن المسلم لا يجوز اعتماد قتله، فإن أصابوا أحداً من الصبيان، أو الأسارى، فلا ضمان عليهم من دية ولا كفارة.

قــوله: (وَلاَ بَــأْسَ بِإِخْرَاجِ النِّسَاءِ وَالْمَصَاحِفِ مَعَ الْمُسْلِمِينَ إِذَا كَانَ عَسْكَرٌ عَظِــيمٌ يُؤْمَنُ مَعَهُمْ)؛ لأن الغالب هو السلامة، والغالب كالمتحقق، وكذلك كتب الفقه بمنــزلة المصاحف.

قال في الهداية: والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة. فأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن القتال؛ لأنه يســتدل بــه على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمــة، فإن كانوا لا بد مخرجين، فالإماء دون الحرائر، و«قد كان النساء يخرجن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجهاد، قالت أم عطية: غزوت مع رسول الله صلى الله علــيه وســلم سبع غزوات كنت أصلح لهم الطعام، وأداوي الجرحى، وأقوم بالمرضى، وكذلك أم سليم بنت ملحان أم أنس بن مالك قاتلت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

(1) قال ابن حجر في الدراية (116/2): حديث: «أن النبي صلى الله عليه وسلم حرق البويرة»، متفق علــيه مــن حديث ابن عمر، قطع صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير، وحرق -هي البويرة- الحديث.

(2) انظر عون المعبود في كتاب الصيام (باب في الحرق في بلاد العدو) (197/7)، وتحفة الأحوذي في كتاب أبواب الصلاة (باب: ومن سورة الحديد) (131/9).

يوم حنين حين انهزم الناس عنه»[1].

قوله: (وَيُكْرَهُ إِخْرَاجُ ذَلِكَ فِي سَرِيَّةٍ لاَ يُؤْمَنُ عَلَيْهَا)؛ لأن فيه تعريض النساء للضياع والفضيحة وخوف السبي والاسترقاق وكذلك المصاحف لا يؤمن عليها من أن تنالها أيدي الكفار، فيستخفون بها مغايظة للمسلمين، وقد قال عليه السلام: «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو»[2].

قوله: (وَلاَ تُقَاتِلُ الْمَرْأَةُ إِلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِهَا وَلاَ الْعَبْدُ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ إِلاَّ أَنْ يَهْجُمَ الْعَدُوُّ)؛ لأنه حينئذ يصير فرض عين كالصلاة والصوم.

قوله: (وَيَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لاَ يَغْدِرُوا وَلاَ يَغُلُّوا) الغدر الخيانة ونقض العهد والخفر بالأمان والغلول السرقة من المغنم والخيانة فيه بأن يمسك شيئاً لنفسه ولا يظهره، قال عليه السلام: «الغلول من جمر جهنم»[3]، والغلول في اللغة أخذ الشيء في الخفية.

قوله: (وَلاَ يُمَثِّلُوا) وهو أن يقطعوا أطراف الأسارى، أو أعضاءهم كالأذن والأنف واللسان والأصبع، ثم يقتلوهم، أو يخلوا سبيلهم.

وقيل: هو أن يقطعوا رؤوسهم ويشقوا أجوافهم ويقطعوا مذاكيرهم، وهذا كله لا يجوز، وإنما تكره المثلة بعد الظفر بهم، أما قبله فلا بأس بها.

قوله: (وَلاَ يَقْتُلُوا امْرَأَةً وَلاَ صَبِيًّا وَلاَ مَجْنُونًا وَلاَ شَيْخًا فَانِيًا وَلاَ أَعْمَى وَلاَ مُقْعَدًا)؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتال إلا إذا قاتلوا، أو حرضوا على القتال وكانوا ممن يطاع، فلا بأس بقتلهم.

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الجهاد والسير (باب: مداواة النساء الجرحى في الغزو) بلفظ: «عن الربيع بنت معوذ قالت كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم نسقي ونداوي الجرحى ونرد القتلى إلى المدينة».

وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الجهاد والسير (باب: النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم الخ) وابن ماجه في سننه في كتاب الجهاد (باب: العبيد والنساء يشهدون مع المسلمين) بلفظ: «عن أم عطية الأنصارية قالت: غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات أخلفهم في رحالهم، فأصنع لهم الطعام، وأداوي الجرحى، وأقوم على المرضى».

(2) قال ابن حجر في الدراية (116/2): حديث: «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو»، متفق عليه من حديث ابن عمر: وفي رواية لمسلم: «كان ينهى»، وفي رواية: «فإني لا آمن من أن يناله العدو».

(3) أخرجه أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي في المصنف في الأحاديث والآثار في كتاب الزهد (كلام ابن مسعود رضي الله عنه)، و محمد بن سلامة بن جعفر أبو عبد الله القضاعي في مسنده (66/1).

وقوله: «ولا شيخاً فانياً»: يعني الذي لا رأي له في الحرب. أما إذا كان يستعان برأيه قتل. ثم إذا قتل أحد هؤلاء عمداً، أو خطأ، فلا ضمان عليه، ولم يكن عليه دية، ولا كفارة إلا أنه يكره إذا كان عمداً، وعليه الاستغفار. وإذا لم يجز قتلهم ينبغي أن يؤسروا ويحملوا إلى دار الإسلام إذا قدر المسلمون على ذلك ولا يتركونهم في دار الحرب؛ لأن النساء إذا تركن تقوى بهم أهل الحرب وكذا الصبيان يبلغون، فيقاتلون، وكذا المعتوه والأعمى والمقعد ومقطوع اليد والرجل لا يتركون في دار الحرب؛ لأنهم يطئون النساء فينسلون، وفي ذلك تكثير عدد الكفار.

وأما الشيخ الفاني الذي لا يقاتل ولا رأي له ولا هو ممن يلقح، فإن شاءوا أسروه وإن شاءوا تركوه؛ لأنه لا منفعة للكفار فيه لا برأيه ولا بنسله، وكذا العجوز الكبيرة التي لا يرجى ولادتها إن شاءوا أسروها وإن شاءوا تركوها. ويجوز قتل الذي يجن ويفيق؛ لأنه في حال إفاقته كالصحيح، وكذا يجوز قتل الأخرس والأصم وأقطع اليد اليسرى وأقطع إحدى الرجلين؛ لأنه يمكنه أن يقاتل بيمينه، ويمكن الآخر أن يقاتل راكباً، وكذا المرأة إذا قاتلت يجوز قتلها؛ لأنها إذا قاتلت صارت كالرجل.

قوله: (إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلاَءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الْحَرْبِ)؛ لأن من له رأي يستعان برأيه أكثر مما يستعان بمقاتلته، فلهذا يقتل.

قوله: (أَوْ تَكُونُ الْمَرْأَةُ مَلِكَةً)؛ لأن في قتلها تفريقاً لجمعهم، وكذا إذا كان ملكهم صبياً صغيراً، فأحضروه معهم الوقعة وكان في قتله تفريق جمعهم، فلا بأس بقتله.

قوله: (وَلاَ يَقْتُلُوا مَجْنُونًا)؛ لأنه غير مخاطب إلا أن يقاتل، فيقتل دفعاً لشره إلا أن الصبي والمجنون لا يقتلان إلا ما داما يقاتلان.

ويكره للمسلم أن يبتدئ أباه الحربي بالقتل لقوله تعالى: ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾[1]؛ ولأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق عليه، وفي قتله مناقضة لذلك، ولا بأس بأن يعالجه ليقتله غيره كما إذا ضرب قوائم فرسه، أو نحو ذلك، فإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله، فلا بأس أن يقتله؛ لأن مقصوده الدفع. فأما من سوى الوالدين من ذوي الرحم المحرم الحربيين، فلا بأس بقتلهم. وأما أهل البغي والخوارج، فكل ذي رحم محرم منه كالأب سواء. وقد روي أن أبا عبيدة رضي الله عنه قتل أباه يوم أحد وكذلك مصعب بن عمير قتل أخاه عبيدة بن عمير يوم أحد، وكذا عمر رضي الله عنه

(1) سورة لقمان: 15.

قتل خاله العاص بن هشام يوم بدر.

{مطلب في الموادعة ومن يجوز أمانه}

قوله: (وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ أَنْ يُصَالِحَ أَهْلَ الْحَرْبِ أَوْ فَرِيقًا مِنْهُمْ وَكَانَ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَلاَ بَأْسَ بِهِ)؛ لأن الموادعة جهاد إذا كانت خيراً للمسلمين؛ لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به، وقد وادع النبي صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية. وأما إذا لم يكن للمسلمين في ذلك مصلحة بأن يكونوا أقوى من الكفار، فلا يجوز مصالحتهم وموادعتهم لقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَهِنُوا۟ وَتَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ وَٱللَّهُ مَعَكُمْ ﴾ [1]، أي لا تضعفوا عن قتال الكفار وتدعوهم إلى الصلح، وأنتم الأعلون بما وعدكم الله من النصر في الدنيا والكرامة في الآخرة.

وقيل: معناه: وأنتم الغالبون والله معكم بالعون والنصر، ولا بأس أن يطلب المسلمون موادعة المشركين إذا خافوا على أنفسهم منهم، ولا بأس أن يعطيهم المسلمون مالاً على ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم: «كان يعطي المؤلفة مالاً لدفع ضررهم عن المسلمين» [2].

قوله: (فَإِنْ صَالَحَهُمْ مُدَّةً ثُمَّ رَأَى أَنَّ نَقْضَ الصُّلْحِ أَنْفَعَ نَبَذَ إِلَيْهِمْ وَقَاتَلَهُمْ) أي طرح إليهم عهدهم وأخبرهم أنه فسخ العهد الذي بينهم وبينه، حتى يبرأ من الغدر ولا بد من مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم، ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن فيها ملكهم بعد علمه من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته؛ لأن بذلك ينتفي الغدر، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم عاهد جماعة من المشركين، فأمره الله تعالى أن ينظر في عهودهم فيقر من كان عهده أربعة أشهر على عهده إلى أن تمضي ويحط من كان عهده أكثر من

---

(1) سورة محمد: 35.

(2) قال العيني في عمدة القارئ (270/18) في كتاب تفسير القرآن: ويبين الله عز وجل حكمها، وتولى قسمتها بنفسه، ومصرفها ثمانية أصناف، وسقطت المؤلفة قلوبهم؛ لأن الله تعالى أعز الإسلام، وأغنى عنهم، وكان يعطي لهم لتتألف قلوبهم، أو ليدفع ضررهم عن المسلمين، وهل تعطى المؤلفة على الإسلام بعد النبي؟ فيه خلاف فروي عن عمر والشعبي وجماعة أنهم لا يعطون بعده، وقال آخرون، بل يعطون؛ لأنه قد أعطاهم بعد فتح مكة وكسر هوازن، وهذا أمر قد يحتاج إليه فيصير إليهم. واختلف في الوقت الذي تألفهم فيه فقيل: قبل إسلامهم، وقيل: بعد واختلف متى قطع ذلك عنهم، فقيل: في خلافة الصديق، وقيل: في خلافة الفاروق، وكان المؤلفة قلوبهم نحو الخمسين منهم أبو سفيان وابنه معاوية وحكيم بن حرام وعباس بن مرداس.

ذلك إلى أربعة أشهر ويرفع عهد من كان أقل منها إلى أربعة أشهر فقال تعالى: ﴿ بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ۝١ ﴾ [1] إلى تمام عشر آيات فبعث النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر رضي الله عنه إلى مكة ومعه هذه العشر الآيات من أول سورة براءة وأمره أن يقرأها على المشركين يوم النحر حيث مجتمعهم وينبذ إلى كل ذي عهد عهده، فخرج أبو بكر رضي الله عنه متوجهاً إلى مكة فنـــزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: لا يبلغ عنك إلا رجل من أهل بيتك، فبعث علياً رضي الله عنه إلى أبي بكر، وقال له: كن أنت الذي تقرأ الآيات فسار حتى لحق أبا بكر رضي الله عنه في الطريق، فأخبره بذلك فلما كان يوم النحر واجتمع أهل الشرك من كل ناحية قام علي كرم الله وجهه عند جمرة العقبة، وقال: يا أيها الناس، إني رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم إليكم، فقالوا: بماذا؟ قال: بأنه لا يدخل الجنة إلا مؤمن ولا يحجن هذا البيت بعد هذا العام مشرك. ومن كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد، فإن أجله إلى أربعة أشهر، فإذا مضت، فإن الله بريء من المشركين ورسوله بريء منهم ثم قرأ: ﴿ بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ۝١ فَسِيحُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ [2] إلى آخر الآيات، والبراءة هي رفع العصمة وقوله: ﴿ فَسِيحُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾ [3] أي فسيروا فيها على المهل، وأقبلوا وأدبروا آمنين غير خائفين من قتل ولا أسر ولا نهب إلى أن تمضي أربعة أشهر، فإنكم وإن أجلتم هذه المدة، فلن تعجزوا الله ﴿ وَأَنَّ ٱللَّهَ مُخْزِى ٱلْكَٰفِرِينَ ﴾ [4] في الدنيا بالقتل وفي الآخرة بالنار ﴿ وَأَذَٰنٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ ﴾ [5] أي وإعلام من الله ورسوله إلى الناس يعني المشركين يوم الحج الأكبر وهو يوم النحر ﴿ أَنَّ ٱللَّهَ بَرِىٓءٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ۙ وَرَسُولُهُۥ ۚ ﴾ [6] بريء منهم ﴿ فَإِن تُبْتُمْ ﴾ [7] من الشرك ﴿ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ ﴾ [8] من الإقامة عليه، وإن أعرضتم ﴿ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّكُمْ غَيْرُ مُعْجِزِى ٱللَّهِ ۗ ﴾ [9]، وقوله تعالى ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ [10] وهم حي من كنانة

(1) سورة التوبة: 1.
(2) سورة التوبة: 1-2.
(3) سورة التوبة: 2.
(4) سورة التوبة: 2.
(5) سورة التوبة: 3.
(6) سورة التوبة: 3.
(7) سورة التوبة: 3.
(8) سورة التوبة: 3.
(9) سورة التوبة: 3.
(10) سورة التوبة: 4.

عاهدهم النبي صلى الله عليه وسلم عام الحديبية بأن لا يمالئوا عليه عدواً ولا يأتي المسلمين منهم أذى، فلم ينقصوكم شيئاً مما عاهدتموهم عليه ولم يمالئوا عليكم عدواً وكان بقي لهم من عهدهم تسعة أشهر، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يفي لهم بعهدهم إلى مدتهم. قال الله تعالى: ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ ﴾ (1) أي إذا مضت هذه الأربعة الأشهر التي حرم القتال فيها بالعهد ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ (2) في الحل، أو في الحرم ﴿ وَخُذُوهُمْ وَٱحْصُرُوهُمْ ﴾ (3) وامنعوهم من دخول مكة ﴿ وَٱقْعُدُوا۟ ﴾ (4) لقتالهم كل طريق يأخذون فيه إلى البيت، أو إلى التجارة، وهذا أمر بتضييق السبل عليهم وهذه الأشهر، هي: شوال وذو الحجة والمحرم، وليست هي الأربعة الحرم المعروفة.

قوله: (فَإِنْ بَدَءُوا بِخِيَانَةٍ قَاتَلَهُمْ وَلَمْ يَنْبِذْ إِلَيْهِمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِهِمْ)؛ لأنهم حينئذ يصيرون ناقضي العهد، وإذا كانت الموادعة على وقت معلوم، فمضى الوقت، فقد بطل العهد بغير نبذ، فلا بأس أن يغير المسلمون عليهم بعد ذلك؛ لأن المؤقت يبطل بمضي الوقت، ومن كان منهم دخل إلينا بتلك الموادعة، فمضت المدة، وهو في دارنا، فهو آمن حتى يعود إلى مأمنه، ولا يحل دمه ولا سبيه لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ (5).

قوله: (وَإِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَى عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ)؛ لأنهم أحرزوا أنفسهم بالخروج إلينا مراغمين لمواليهم، وكذا إذا أسلموا هناك ولم يخرجوا إلينا وظهرنا على دارهم كانوا أحراراً، ولا يثبت الولاء عليهم من أحد؛ لأن هذا عتق حكمي.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَعْلِفَ الْعَسْكَرُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَأْكُلُوا مِمَّا وَجَدُوهُ مِنْ الطَّعَامِ) كالخبز واللحم والسمن والعسل والزيت ولم يقيد الشيخ ذلك بالحاجة، وفيه اختلاف، ففي رواية: يشترط الحاجة كما في الثياب والدواب، وفي رواية: لا يشترط، بل يجوز تناولها للغني والفقير لقوله عليه السلام في طعام خيبر: «كلوا واعلفوا ولا تحملوا»(6)، وكذا لا يبيعوا منه بذهب ولا فضة.

---

(1) سورة التوبة: 5. (2) سورة التوبة: 5.

(3) سورة التوبة: 5. (4) سورة التوبة: 5.

(5) سورة التوبة: 6.

(6) قال ابن حجر في الدراية (116/2): قوله: قال النبي صلى الله عليه وسلم في طعام خيبر: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها»، البيهقي في المعرفة من حديث عبد الله بن عمرو ونحوه. وروى أبو داود من طريق القاسم مولى عبد الرحمن، عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كنا نأكل الجزر في الغزو ولانقسمه، حتى أن كنا لنرجع إلى رحالنا وأخرجتنا منه مملوءة»، وإسناد كل =

قوله: (وَيَسْتَعْمِلُوا الْحَطَبَ) وفي نسخة: «ويستعملوا الطيب».

قوله: (وَيَدْهُنُوا بِالدُّهْنِ) يعني الدهن المأكول مثل السمن والزيت والخل وهو السليط. وأما ما لا يؤكل منه كالبنفسج ودهن الورد وما أشبهه، فليس لهم أن يدهنوا به؛ لأنه يستعمل للزينة فهو كالثياب وإن دخل التجار مع العسكر لا يريدون القتال لم يجز لهم أن يأكلوا منه شيئاً ولا يعلفوا دوابهم إلا بالثمن؛ لأن التاجر لا حق له في الغنيمة، فإن أكل شيئاً منه، أو علف فلا ضمان عليه؛ لأن حق المسلمين لم يستقر فيه، وأما العسكر فلهم أن يطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم؛ لأن نفقة هؤلاء واجبة عليهم، فكانوا مثلهم، وأما الأجير للخدمة، فلا يأكل؛ لأن نفقته لا تجب عليه، وإنما يستحق الأجرة، وإن دخل النساء لمداواة الجرحى والمرضى أكلن وعلفن وأطعمن رقيقهن؛ لأن لهن حقا في الغنيمة ألا ترى أنه يرضخ لهن فصرن كالرجال. ولو أن العسكر ذبحوا البقر والغنم والإبل، فأكلوا اللحم ردوا الجلود إلى المغنم؛ لأنهم لا يحتاجون إليه في الأكل والعلف، فهي كالثياب.

قوله: (وَيُقَاتِلُونَ بِمَا يَجِدُونَهُ مِنْ السِّلَاحِ كُلُّ ذَلِكَ بِغَيْرِ قِسْمَةٍ) يعني إذا احتاج إليه بأن انقطع سيفه، أو انكسر رمحه، أو لم يكن له سلاح، وكذا إذا دعته حاجة إلى ركوب فرس من المغنم ليقاتل عليه، فلا بأس بذلك، فإذا زالت الحاجة رده في الغنيمة. ولا ينبغي أن يستعمل من الدواب والثياب والسلاح شيئاً ليقي به دابته وثيابه وسلاحه لقوله عليه السلام: «إياكم وربا الغلول»(1)؛ ولأن هذا انتفاع من غير حاجة، لكن ليصون ثيابه وفرسه وسلاحه، فإن فعل ذلك، فلا ضمان عليه إذا هلك منه شيء؛ لأن الحق فيه لم يستقر للغانمين.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَلاَ يَتَمَوَّلُونَهُ) يعني لكي يتمولوه حتى لو باع شيئاً بطعام جاز بشرط أن يأكله ولا يبيعه بالذهب والفضة والعروض «وسئل النبي صلى الله عليه وسلم هل أحد أحق بشيء من المغنم، قال: لا، حتى السهم يأخذه أحدكم من جنبه، فليس هو أحق به من أخيه، وأخذ النبي صلى الله عليه وسلم وبرة من سنام

=

منهما ضعيف.

(1) أخرجه علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال في كتاب الجهاد من قسم الأقوال (الغلول من الإكمال) (668/4) بلفظ: «إياي وربا الغلول أن يركب الرجل الدابة حتى تحسر قبل أن تؤدي إلى المغنم، أو يلبس الثوب حتى يخلق قبل أن يؤدي إلى المغنم».

بعير، فقال: أيها الناس هذه من غنائمكم، فأدوا الخيط والمخيط وما دون ذلك وما فوقه، فإن الغلول عار على أهله يوم القيامة ونار وشنار»[1].

قوله: (فَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدٌ مِنْهُمْ أَحْرَزَ بِإِسْلَامِهِ نَفْسَهُ وَأَوْلَادَهُ الصِّغَارَ)؛ لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً، ويكونون أحراراً.

قوله: (وَكُلَّ مَالٍ هُوَ فِي يَدِهِ) لقوله عليه السلام: «من أسلم على مال، فهو له»[2].

قوله: (أَوْ وَدِيعَةٍ فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ)؛ لأن ما في يد المسلم، أو الذمي، فهو محرز؛ لأن لهما يدا صحيحة محترمة، فهي كما لو كانت في يده؛ إذ يد مودعه يد له. وأما ما كان في يد حربي فهو فيء؛ لأن الحربي ليس له يد صحيحة.

قوله: (فَإِنْ ظَهَرْنَا عَلَى الدَّارِ فَعَقَارُهُ فَيْءٌ)؛ لأن العقار بقعة من دار الحرب في يد أهل الدار، فلم يكن في يده حقيقة، فكانت غنيمة والزرع إذا كان غير محصود، فحكمه حكم العقار.

قال الخجندي: ما كان منقولاً، فهو له كالدراهم والثياب والعبيد والجواري ولا يكون فيئاً إلا إذا كان العبد يقاتل، فإنه يكون فيئاً؛ لأنه لما قاتل خرج من يد المولى. وأما ما كان غير منقول كالدور والعقار والزرع غير المحصود، فهو فيء عندهما.

وقال أبو يوسف: المنقول وغير المنقول سواء، ولا يكون فيئاً.

قوله: (وَزَوْجَتُهُ فَيْءٌ)؛ لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام.

قوله: (وَحَمْلُهَا فَيْءٌ)؛ لأنه ما دام متصلاً بأمه، فهو كعضو منها بدليل أنه يتبعها في البيع والعتق والتدبير والكتابة. فقلنا: هو رقيق مسلم تبعاً للأب في الإسلام، ورقيق في الحكم تبعاً للأم، والمسلم قد يكون محلاً للتمليك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل، فإنه حر لانعدام الجزئية.

---

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الجهاد (باب: الغلول).

(2) قال ابن حجر في الدراية (116/2): حديث: «من أسلم على مال فهو له» أبو يعلى وابن عدى من حديث أبي هريرة بلفظ: «شئ»، وإسناده ضعيف. ورواه سعيد بن منصور، من طريق عروة مرسلاً وإسناده صحيح. واستشهد البخارى لهذه المسألة بحديث عمر أنه قال لمولى له يقال له هنى: اضمم جناحك عن المسلمين، وفيه: إنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام.

وفي الباب: عن صخر بن العيلة رفعه: «إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم» أخرجه أبو داود وأحمد وإسحاق والدارمي والبزار وابن أبي شيبة والطبراني مطولاً في قصة.

قوله: (وَأَوْلَادُهُ الْكِبَارُ فَيْءٌ)؛ لأنهم كفار حربيون ولا تبعية بينهم وبينه؛ لأنهم على حكم أنفسهم ومن قاتل من عبيده فيء؛ لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل الحرب.

قوله: (وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ السِّلاَحُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ)؛ لأن فيه تقوية لهم على قتالنا؛ لأن السلاح لا يصلح إلا للحرب، وكذا الحديد؛ لأنه أصل السلاح وكذلك الخيل والبغال والحمير؛ لأن فيه تقوية لهم علينا، وكذا لا يباع منهم رقيق أهل الذمة؛ لأنه مما يستعان بهم على القتال، ولو دخل الحربي دارنا، فاشترى سلاحاً، فإنه يمنع من ذلك، ولا يمكن من إدخاله إليهم.

قوله: (وَلاَ يُفَادَوْنَ بِالأُسَارَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) يعني لا يفادى أسارى المسلمين بأسارى المشركين؛ لأن فيه تقوية الكفار علينا ودفع شر حربه خير من استنفاذ أسيرنا.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لاَ بَأْسَ أَنْ يُفَادَى بِهِمْ أُسَارَى الْمُسْلِمِينَ)؛ لأن فيه تخليص المسلم، فهو أولى من قتل الكافر. وأما مفاداة أسارى المشركين بمال نأخذه منهم، فلا يجوز في المشهور من المذهب لما فيه من المعونة لهم بما يختص بالحرب والقتال، فصار كبيع السلاح منهم بالمال.

وعن محمد: لا بأس بذلك إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر.

وقال محمد: ولا بأس أن يفادى الشيخ الكبير والعجوز الفانية بالمال إذا كان لا يرجى منهما الولد. وأما النساء والصبيان، فلا يفادى بهم إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك؛ لأن الشيخ الفاني لا قتال فيه، ولا يولد له ولد، فليس في رده إليهم معونة لهم. وأما النساء والصبيان، ففي ردهم معونة لهم؛ لأن الصبيان يبلغون، فيقاتلون والنساء يلدن، فيكثر نسلهم.

قال محمد: وكذلك الخيل والسلاح إذا أخذناه منهم فطلبوا مفاداته بالمال لم يجز أن يفعل ذلك؛ لأن فيه معونة لهم بما يختص بالقتال.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ الْمَنُّ عَلَيْهِمْ) أي على الأسارى بأن يطلقهم مجاناً من غير خراج ولا جزية؛ لأنه بالأسر ثبت حق الاسترقاق فيه، فلا يجوز إسقاطه منهم بغير عوض. وأما من النبي صلى الله عليه وسلم على أبي غرة؛ لأنه كان من العرب لا يجوز استرقاقه.

{مطلب في الغنائم وقسمتها}

قوله: (وَإِذَا فَتَحَ الإِمَامُ بَلَدًا عَنْوَةً) أي قهراً (فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَّمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بخيبر.

قوله: (وَإِنْ شَاءَ أَقَرَّ أَهْلَهَا عَلَيْهَا وَوَضَعَ عَلَيْهِمْ الْجِزْيَةَ وَعَلَى أَرَاضِيهِمْ الْخَرَاجَ) كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة.

وقيل: الأولى أن يقسمها عند حاجة الغانمين، وأن يترك قسمتها عند عدم حاجتهم، وهذا في العقار. أما في المنقول، فلا يجوز المن برده عليهم.

قوله: (وَهُوَ فِي الأُسَارَى بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ) إلا أن يسلموا؛ لأن في قتلهم حسم مادة الفساد إذا رأى الإمام ذلك لما يخاف من غدرهم بالمسلمين.

قوله: (وَإِنْ شَاءَ اسْتَرَقَّهُمْ) سواء أسلموا، أو لم يسلموا إذا كانوا ممن يجوز استرقاقهم بأن لم يكونوا من العرب، وأي رجل من المسلمين قتل أسيراً في دار الإسلام، أو في دار الحرب قبل أن يقسموا وقبل أن يسلموا، فلا شيء عليه من دية، ولا قيمة ولا كفارة؛ لأنهم على أصل الإباحة فإن قسمهم الإمام، أو باعهم حرمت دماؤهم، فإن قتلهم قاتل غرم قيمتهم ووجبت عليه الكفارة إذا قتلهم خطأ؛ لأن القسمة والبيع تقرير للرق فيهم وإسقاط لحكم القتل عنهم، فصار القاتل جانياً كمن قتل عبد غيره ولا يجب عليه القود؛ لأن الإباحة التي كانت في الأصل شبهة والقصاص يسقط بالشبهة، فإن أسلم الأسير قبل أن يقسم حرم دمه وقسم في الغنيمة؛ لأن القتل عقوبة على الكفر، فيرتفع بالإسلام، وأما القسمة؛ فلأن الإسلام لا ينافي الاسترقاق.

قوله: (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ) إلا مشركي العرب والمرتدين، فإنه لا يتركهم، وإنما لهم الإسلام، أو السيف لما بينا من قبل.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ)؛ لأن في ذلك تقوية لهم على المسلمين، فإن أسلموا لا يقتلهم، وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد السبب، وهو الأخذ بخلاف إسلامهم قبل الأخذ؛ لأنه لم ينعقد السبب.

قوله: (وَإِذَا أَرَادَ الإِمَامُ الْعَوْدَ إِلَى دَارِ الإِسْلاَمِ وَمَعَهُ مَوَاشٍ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى نَقْلِهَا إِلَى دَارِ الإِسْلاَمِ ذَبَحَهَا وَحَرَقَهَا)؛ لأن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح، ولا غرض أصح من كسر شوكة أعداء الله، وأما تحريقها بعد الذبح فلقطع منفعة الكفار بلحومها وجلودها، ولا يجوز تحريقها قبل الذبح لما فيه من تعذيب الحيوان ولا يعقرها؛ لأنه مثلة.

قوله: (وَلاَ يَعْقِرُهَا وَلاَ يَتْرُكُهَا) معناه لا يعقرها ولا يتركها معقورة ولا يتركها ابتداء بدون العقر، فهاتان مسألتان لا مسألة واحدة.

وقوله: «ولا يعقرها»: احترازاً عن قول مالك، فإن عنده يعقرها.

وقوله: «ولا يتركها»: احترازاً عن قول الشافعي، فإن عنده يتركها من غير عقر

ولا ذبح وما كان من سلاح يمكن تحريقه حرقه وإن كان لا يمكن تحريقه كالحديد، فإنه يدفنه في موضع لا يجده أهل الحرب، وكذلك يكسر آنيتهم وأثاثهم بحيث لا ينتفعون به ويراق جميع أدنانهم وجميع المائعات مغايظة لهم. وأما السبي إذا لم يقدروا على نقلهم، فإنه يقتل الرجال إذا لم يسلموا ويترك النساء والصبيان والشيوخ في أرض مضيعة ليهلكوا جوعاً وعطشاً، وكذا إذا وجد المسلمون حية، أو عقرباً في دار الحرب، فإنهم يقطعون ذنب العقرب، ويكسرون أنياب الحية ولا يقتلونهما قطعاً لضررهما عن المسلمين ما داموا في دار الحرب وإبقاء لنسلهما، كذا في المحيط.

قوله: (وَلاَ يَقْسِمُ غَنِيمَةً فِي دَارِ الْحَرْبِ حَتَّى يُخْرِجَهَا إِلَى دَارِ الإِسْلاَمِ) المراد بالنهي: الكراهة لا عدم الجواز.

وعند الشافعي: لا بأس بقسمتها هناك.

قوله: (وَالرِّدْءُ وَالْمُبَاشِرُ سَوَاءٌ) الردء المعين الناصر، يقال: فلان ردء فلان إذا كان ينصره ويشد ظهره. قال الله تعالى حاكياً عن موسى عليه السلام: ﴿ فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا ﴾[1]، أي عوناً والمباشر هو الذي يباشر القتال.

قوله: (فَإِنْ لَحِقَهُمْ مَدَدٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِزُوا الْغَنِيمَةَ بِدَارِ الإِسْلاَمِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا) هذا إذا كان قبل القسمة، أو قبل بيع الغنيمة.

قوله: (وَلاَ حَقَّ لأَهْلِ سُوقِ الْعَسْكَرِ فِي الْغَنِيمَةِ إِلاَّ أَنْ يُقَاتِلُوا) وكذا لا يسهم للتاجر ولا للأجير، فإن قاتل التاجر مع العسكر أسهم له إن كان فارساً، ففارس، أو راجلاً فراجل، وكذا الأجير إن ترك خدمة صاحبه وقاتل مع العسكر استحق السهم وإن لم يترك الخدمة، فلا شيء له.

والأصل: أن من دخل على نية القتال استحق السهم سواء قاتل أم لا، ومن دخل لغير القتال لا يسهم له إلا أن يقاتل، وهو من أهل القتال، ومن دخل ليقاتل فلم يقاتل لمرض، أو غيره، فله سهمه إن كان فارساً، ففارس أو راجلاً فراجل، وكذا إذا دخل مقاتلاً، فأسر ثم تخلص قبل إخراج الغنيمة، فله سهمه.

قوله: (وَإِذَا أَمِنَ رَجُلٌ حُرٌّ أَوْ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ كَافِرًا أَوْ جَمَاعَةً أَوْ أَهْلَ حِصْنٍ أَوْ مَدِينَةٍ صَحَّ أَمَانُهُمْ) أما أمان الرجل لواحد، فلقوله عليه السلام: «المسلمون يد على من سواهم

---

(1) سورة القصص: 34.

تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم»[1]، أي أقلهم وهو الواحد، ومعنى تتكافأ دماؤهم أن دم الشريف والوضيع في القصاص والدية سواء.

ومعنى قوله: «يد على من سواهم»: أي يقاتلون من كان على غير دينهم حتى يسلموا، أو يؤدوا الجزية.

وأما أمان المرأة، فهو جائز لما روي أن «زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمنت زوجها أبا العاص، وأجاز النبي صلى الله عليه وسلم أمانها»[2]، فقال قد أجرنا من أجرت، وأمنا من أمنت، وروي أن «أم هانئ بنت أبي طالب أجازت حموين لها من بني مخزوم، وهما الحارث بن هشام وعبد الله بن أبي ربيعة، فتفلت أخوها علي كرم الله وجهه عليهما ليقتلهما، وقال: أتجيرين المشركين على رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقالت: والله لا تقتلهما حتى تقتلني قبلهما، ثم أغلقت دونه الباب ومضت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ما لقيت من ابن أبي وأمي وذكرت له القصة، فقال: ما كان له ذلك قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت»[3].

---

(1) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الديات (باب: لا يقتل مسلم بكافر) بلفظ: «المسلمون يد على من سواهم تتكافأ دماؤهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده»، علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال بلفظه مرسلاً عن الحسن.

(2) قال الزيلعي في نصب الراية (396/3): أخرجه الطبراني عن ابن لهيعة حدثنا موسى بن جبير عن عراك بن مالك عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أم سلمة أن أبا العاص لما لحق بالمدينة أرسل إلى زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن خذي لي أماناً من أبيك، فخرجت ورسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الصبح، فقالت: يا أيها الناس أنا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإني قد أجرت أبا العاص، فلما فرغ رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة، قال: يا أيها الناس إني لم أعلم بهذا حتى سمعتموه، ألا وإنه يجير على المسلمين أدناهم، انتهى.

(3) قال الزيلعي في نصب الراية (395/3): حديث أم هانئ: أخرجاه في «الصحيحين» عنها قالت: يا رسول الله زعم ابن أمي علي أنه قاتل رجلاً قد أجرته، فلان بن هبيرة، فقال عليه السلام: قد أجرنا من أجرت، وأمنا من أمنت، مختصر؛ ورواه أبو الوليد محمد بن عبد الله الأزرقي في «كتاب تاريخ مكة» من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي مرة، مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب، قالت: ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت له: يا رسول الله إني أجرت حموين لي من المشركين، فأراد علي أن يقتلهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما كان ذلك له، قد أجرنا من أجرت، وأمنا من أمنت، ثم اغتسل وصلى ثمان ركعات، وذلك ضحى يوم فتح مكة، وكان الذي أجارت أم هانئ يوم الفتح عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة، والحارث بن هشام بن المغيرة، كلاهما من بني مخزوم، انتهى. وكذلك رواه الواقدي في «كتاب =

قـــوله: (وَلاَ يَجُــوزُ لأَحَدٍ مِنْ الْمُسْلِمِينَ قِتَالُهُمْ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مَفْسَدَةٌ فَيَنْبِذُ إِلَـــيْهِمْ الإِمَامُ)؛ لأنه إذا كان يلحق المسلمين بذلك وهن ومذلة كان للإمام نقضه، فينبذ إليهم كما إذا أمنهم الإمام بنفسه.

قال في الكرخي: والمراهق إذا كان يعقل الإسلام لا يصح أمانه عند أبي حنيفة حتى يبلغ.

وقال محمد: يصح؛ لأنه من أهل القتال كالبالغ، ولأبي حنيفة أنه لا يملك العقود، والأمان عقد من العقود.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ)؛ لأنه متهم على المسلمين؛ لأنه يقصد تقوية الكفار وإظهار كلمتهم؛ ولأنه لا ولاية له على المسلمين.

قـــوله: (وَلاَ الأَسِيرِ وَلاَ التَّاجِرِ الَّذِي يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ) وكذلك من أسلم هناك ولم يهاجر إلينا لا يجوز أمانه؛ لأن هؤلاء يضطرون إلى ما يريده الكفار ليتخلصوا بذلك من الضرر.

قـــوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَمَانُ الْعَبْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَوْلاَهُ فِي الْقِتَالِ)؛ لأن العـــبد لا يملك القتال بنفسه فهم آمنون منه، فلا يصح أمانه؛ ولأنه لا يملك الولاية، فصار كالصبي والمجنون.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَصِحُّ أَمَانُهُ) أذن له في القتال، أو لم يأذن له.

قال في الينابيع: إذا قال أهل الحرب الأمان الأمان، فقال: رجل حر من المسلمين، أو امرأة حرة لا تخافوا ولا تذهلوا، أو عهد الله وذمته، أو تعالوا واسمعوا الكلام، فهذا كله أمان صحيح.

قـــوله: (وَإِذَا غَلَـــبَ التُّرْكُ عَلَى الرُّومِ فَسَبَوْهُمْ وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكُوهَا) يعني أخـــذوا أمـــوالهم واســـترقوا أولادهم، فإنهم يملكون ذلك وإن قطع حق الأولين عنها، فصـــارت مـــالاً لهـــم، وكذا إذا غلب الروم على الترك، فهو كذلك والتركي حربي مثل الرومي.

قوله: (فَإِنْ غَلَبْنَا عَلَى التُّرْكِ حَلَّ لَنَا مَا نَأْخُذُهُ مِنْ ذَلِكَ) أي من أموالهم وأولادهم

=

المغـــازي» سواء، وهذا مطابق لما ذكره صاحب «الخلاصة» من حديث أم هانئ، فإنه قال: روي عـــن أم هانئ أنها أجارت رجلين من المشركين، ولم تمكن علياً من قتلهما، وأجاز النبي صلى الله عليه وسلم أمانها، انتهى. وعند الطبراني عن أنس أنها أجارت أخاها عقيلاً.

ولا يمنع صلحنا مع أحد الفريقين من ذلك؛ لأن الأخذ منهم بمنزلة الشراء. ولو اشتريناه منهم ملكناه، فكذا إذا غلبناهم عليه.

قوله: (فَإِنْ غَلَبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِم مَلَكُوهَا) اعلم أن الكفار إذا غلبوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدارهم ملكوها عندنا خلافاً للشافعي.

ثم عندنا: لا يخلو إما أن يسلموا ويغلبهم المسلمون، فإن أسلموا، فلا سبيل لأصحابها عليها لقوله عليه السلام: «من أسلم على مال فهو له»[1]، وإن غلبهم المسلمون واستنفذوها من أيديهم، فإن جاء أربابها فوجدوها قبل القسمة أخذوها وهو: قوله: (فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ فَوَجَدُوهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِالْقِيمَةِ إِنْ أَحَبُّوا) وأما إذا كان مثلياً لا يأخذه لعدم الفائدة؛ لأنهم إذا أخذوه ردوا مثله. ولو كان عبداً، فأعتقه من وقع في سهمه نفذ عتقه وبطل حق المالك وإن باعه من رجل كان له أن يأخذه بالثمن الذي باعه به، وليس له أن ينقض البيع.

قوله: (وَإِنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرٌ فَاشْتَرَى ذَلِكَ بِثَمَنٍ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسْلاَمِ فَمَالِكُهُ الأَوَّلُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ التَّاجِرُ بِهِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ)؛ لأن التاجر يتضرر بأخذه منه مجاناً؛ لأنه دفع العوض فيه، فكان أعدل النظر فيما قلنا، وإن اشتراه بعرض أخذه بقيمة العرض، وإن اشتراه بخمر، أو خنزير أخذه بقيمة العبد، وإن شاء ترك، وإن وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته.

قوله: (وَلاَ يَمْلِكُ عَلَيْنَا أَهْلُ الْحَرْبِ بِالْغَلَبَةِ مُدَبَّرِينَا وَأُمَّهَاتِ أَوْلاَدِنَا وَمُكَاتَبِينَا وَأَحْرَارَنَا وَنَمْلِكُ عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ)؛ لأن أحرارهم يجوز أن يملكوا بالبيع والشراء، فكذا بالسبي؛ لأن الشرع أسقط عصمتهم وجعلهم أرقاء ومدبرونا ومكاتبونا وأمهات

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (410/3): قال عليه السلام» :من أسلم على مال فهو له»؛ قلت: رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» من حديث يس الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أسلم على شيء فهو له»، انتهى. رواه ابن عدي في «الكامل»، وأعله بيس، وأسند تضعيفه عن البخاري، والنسائي، وابن معين، ووافقهم، وقال: عامة أحاديثه غير محفوظة، انتهى. ورواه البيهقي، وقال إنما يروى عن ابن أبي مليكة، وعن عروة مرسلاً، انتهى. ومرسل عروة قال صاحب «التنقيح»: رواه سعيد بن منصور حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أسلم على شيء فهو له»، قال: وهو مرسل صحيح، انتهى.

أولادنـــا قد تعلق بهم حق الحرية، ولهذا لا يجوز بيعهم، فكذا لا يجوز سبيهم، فلهذا لم يدخلوا تحت ملكهم.

قوله: (وَإِذَا أَبَقَ عَبْدُ الْمُسْلِمِ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن العبد لما خرج من دار الإسلام زالت يد مولاه عنه لامتناع أن تبقى يده مع اختلاف الدارين، فحصل العبد في يد نفسه، وإذا ظهرت يده على نفسه صارت معصومة، فلم يبق محلاً للتملك، فإذا لم يملكوه كان لصاحبه قبل القسمة وبعدها بغير شيء عنده.

وقال أبو يوسف ومحمد: يملكونه؛ لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت، فصار كالبعير، أو الفرس إذا ند إليهم، فإنهم يملكونه.

قـــوله: (فَإِنْ نَدَّ إِلَيْهِمْ بَعِيرٌ فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ) لتحقق الاستيلاء؛ إذ لا يد للعجماء تظهر عند الخروج، فإذا أخذوه صاروا آخذين له من يد صاحبه، فلذلك ملكوه بخلاف العـــبد على ما ذكرنا، وإن اشتراه رجل ودخل به دار الإسلام، فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء وإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس، أو متاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلينا، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً، وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة؛ لأن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجـــب، فـــيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهي تخليصنا له كما تقام ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق.

قـــوله: (وَإِذَا لَـــمْ يَكُنْ لِلإِمَامِ حَمُولَةٌ يَحْمِلُ عَلَيْهَا الْغَنِيمَةَ قَسَّمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةَ إِيدَاعٍ) لا قسمة تمليك (لِيَحْمِلُوهَا إِلَى دَارِ الإِسْلاَمِ ثُمَّ يَرْتَجِعُهَا مِنْهُمْ وَيَقْسِمُهَا) هكذا ذكره الشيخ مطلقاً، ولم يشترط رضاهم، وهي في رواية السير الكبير. وجملته: أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة حمل عليها الغنائم؛ لأن الحمولة والمحمول مال لهم، وكذا إذا كـــان في بـــيت المـــال حمولة حملها عليها؛ لأنها مال المسلمين، وإن كانت الدواب للغانمين، أو لبعضهم، فإنه لا يجبرهم على حملها على دوابهم في رواية السير الصغير، بل يستأجرها منهم لذلك، فإن لم يرض صاحبها لم يحملها عليها.

وفي الســـير الكـــبير: يحملها عليها بالأجر وإن لم يرضوا؛ لأنه دفع الضرر العام بـــتحمل ضـــرر خاص وإن كان بحال لو قسمها بينهم يقدر كل واحد منهم على حمله

قسمها بينهم قسمة إيداع، وإن كانوا لا يقدرون على الحمل ولا يجدون الدواب بالإجارة، فإن الإمام يقتل الرجال إذا كانوا لم يسلموا ويترك النساء والذراري والشيوخ في الطريق ليموتوا جوعاً وعطشاً ويذبح الحيوان ويحرقها بالنار.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْغَنَائِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ)؛ لأنه لا ملك لأحد فيها قبل ذلك، وإنما أبيح لهم الانتفاع بالطعام والعلف للحاجة، ومن أبيح له تناول شيء لم يجز له بيعه كمن أباح طعاما لغيره.

قوله: (وَمَنْ مَاتَ مِنْ الْغَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ قَبْلَ إِخْرَاجِهَا فَلاَ حَقَّ لَهُ فِي الْغَنِيمَةِ)؛ لأن حق الغانمين لا يثبت فيها ما لم يحرزوها بدار الإسلام ولا يملكونها إلا بالقسمة، فمن مات منهم قبل ذلك لا يستحق منها شيئاً.

قوله: (وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إِخْرَاجِهَا إِلَى دَارِ الإِسْلاَمِ فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ)؛ لأنه مات بعد ثبوت حقه فيها.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ أَنْ يُنَفِلَ الإِمَامُ فِي حَالِ الْقِتَالِ وَيُحَرِّضَ بِالنَّفْلِ عَلَى الْقَتْلِ) ذكره بلفظ لا بأس به.

وفي المبسوط: بلفظ الاستحباب.

وفي الهداية: التحريض مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ عَلَى ٱلۡقِتَالِۚ ﴾ (1)، أي رغبهم والتحريض الترغيب في الشيء والتنفيل نوع تحريض، ولأن في ذلك منفعة للمسلمين، لأن الشجعان يرغبون في ذلك، فيخاطرون بأنفسهم ويقدمون على القتال.

قوله: (فَيَقُولُ مَنْ قَتَلَ) منكم (قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ) قال الخجندي: التنفيل على وجهين: إما أن يكون قبل الفراغ من القتال، أو بعده فإن كان بعده لا يملك الإمام ذلك؛ لأنه إنما جاز لأجل التحريض على القتال وبعد الفراغ منه لا تحريض. ثم إذا كان قبل الفراغ من القتال، فهو على أربعة أوجه: أما أن يقول من أخذ منكم شيئاً، فهو له، أو يقول: من أخذ شيئاً، فهو له ولم يقل منكم، أو يقول: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، أو يقول: من قتل قتيلاً ولم يقل منكم. أما إذا قال: من أخذ منكم، فإن الإمام لا يدخل تحت ذلك، وإن قال: من أخذ شيئاً دخل الإمام تحت ذلك، وكذا إذا قال: من قتل قتيلاً دخل هو حتى لو قتل هو، أو غيره فله سلبه. وإن قال: من قتل منكم، فإن الإمام لا

(1) سورة الأنفال: 65.

يدخل، ثم إذا قال: من قتل منكم قتيلاً، فقتل رجل رجلين، أو أكثر فله سلب الكل وإن كـــان رجلان، أو ثلاثة وأكثر قتلوا رجلاً، فإنك تنظر إن كان المقتول مبارزاً يقاوم كلاً منهم كان له سلبه، وإن كان لا يقاومهم صار عاجزاً، فلا يستحقون سلبه، ويكون غنيمة لجميع الجيش؛ لأن الإمام إنما يقول هذا لإظهار الجلادة، فإن كان عاجزاً، فلا جلادة في قتله.

وقوله: «قتيلاً»: سماه قتيلاً، وهو حي اعتباراً بما يئول إليه، ومنه قوله تعالى: ﴿ قَالَ أَحَدُهُمَآ إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ ﴾ (1)، وإنما يعصر عنباً لكنه لما كان يئول إلى الخمر سمي خمراً. ولو قتله رجلان اشتركا في سلبه، فإن بدا أحدهما فضربه، ثم أجهزه الآخر إن كان ضرب الأول أثخنه بحيث لا يمكنه أن يقاتل ولا يعين بقول، فالسلب للأول؛ لأنه صار في حكم المقتول، وإن كان ضرب الأول لم يصيره إلى هذه الحالة، فالسلب للثاني. وقد روي أن «محمد بن مسلمة ضرب مرحباً فقطع رجليه وضرب علي رضي الله عنه عنقه، فقال محمد بن مسلمة والله يا رسول الله لو أردت قتله لقتلته، ولكني أردت أن أعذبه كما عذب أخي، فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم سلبه لمحمد بن مسلمة»(2)، وهذا محمول على أن ضربه جعله بحيث لا يقاتل ولا يعين على القتال.

قـــال أبـــو حنيفة: وإذا لم يجعل السلب للقاتل فقتل رجل قتيلاً، فسلبه من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء.

قـــوله: (أَوْ يَقُـــولُ لِلسَّرِيَّةِ قَدْ جَعَلْت لَكُمْ الرُّبْعَ بَعْدَ الْخُمُسِ) أي بعد ما يرفع الخمس، وكذا إذا قال: الثلث بعد الخمس، أو النصف بعد الخمس، معناه: أنتم منفردون بالـــربع مـــن جملة العسكر يؤخذ منه خمس ذلك، ويكون لهم ما سمي لهم من ذلك بعد الخمـــس، وما زاد على ما سمي لهم يشاركون العسكر فيه. وإن قال: فلكم الربع ولم يقل بعـــد الخمس لم يخمس الربع، وصار لهم النفل بخمسة، وكذا إذا قال: من قتل قتيلاً فله

---

(1) سورة يوسف: 36.

(2) أخـــرجه الهيثمـــي في مجمـــع الزوائد في كتاب المغازي والسير (باب: غزوة خيبر) بلفظ: فقال محمد بن مسلمة: أنا له يا رسول الله الموتور الثائر قتلوا أخي بالأمس، قال : «فقم إليه اللهم أعنه علـــيه». فلما دنا أحدهما من صاحبه دخلت بينهما شجرة غمرته من شجر العشر، فجعل أحدهما يلـــوذ بهـــا من صاحبه كلما لاذ بها منه اقتطع بسيفه ما دونه حتى برز كل واحد منهما لصاحبه، وصـــارت بيـــنهما كالرجل القائم ما فيها من فنن، حمل مرحب على محمد فضربه فاتقاه بالدرقة، فوقع سيفه فيها، فعصب به، فأمسكه وضربه محمد بن مسلمة حتى قتله.

سلبه لم يخمس الأسلاب، وإن قال: من قتل قتيلاً فله سلبه بعد الخمس خمس الأسلاب.

قوله: (وَلاَ يُنَفلُ بَعْدَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ بِدَارِ الإِسْلاَمِ إِلاَّ مِنْ الْخُمْسِ)؛ لأنها إذا أحرزت تعلق بها حق جميع الجيش، وأما الخمس، فلا حق للجيش فيه، فيجوز التنفيل منه.

قوله: (وَإِذَا لَمْ يَجْعَلْ السَّلَبَ لِلْقَاتِلِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الْغَنِيمَةِ وَالْقَاتِلُ وَغَيْرُهُ فِيهِ سَوَاءٌ) وقال الشافعي: إذا قتل كافراً مقبلاً غير مدبر، فله سلبه.

قوله: (وَالسَّلَبُ مَا عَلَى الْمَقْتُولِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلاَحِهِ وَمَرْكَبِهِ) وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وما معه على مركبه من ماله في حقيبته، أو على وسطه. وأما جنيبه وغلامه وما كان مع غلامه على دابة أخرى وما كان على فرس آخر، فليس ذلك بسلب وهو غنيمة لجميع الجيش. وقد روي أن البراء بن مالك بارز المرزبان فقتله وأخذ سلبه، فكان عليه منطقة من ذهب فيها جوهر، فقوم عليه فبلغ ثلاثين ألفاً، فقال عمر رضي الله عنه: إنا كنا لا نخمس الأسلاب، وإن هذا بلغ مالاً عظيماً، وإنا نأخذ خمسه.

قوله: (وَإِذَا خَرَجَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَعْلِفُوا مِنْ الْغَنِيمَةِ وَلاَ يَأْكُلُوا مِنْهَا شَيْئًا)؛ لأن الضرورة والحاجة إلى ذلك قد ارتفعت؛ لأن الغالب أنهم يجدون في دار الإسلام الطعام والعلف، فلا يباح لهم التناول من الغنيمة.

قوله: (وَمَنْ فَضَلَ مَعَهُ عَلَفٌ أَوْ طَعَامٌ رَدَّهُ إِلَى الْغَنِيمَةِ)؛ لأن الضرورة قد ارتفعت، فإن انتفعوا بشيء من أكل، أو علف، فينبغي لمن كان غنياً أن يتصدق بقيمته إن كان بعد القسمة، أو رد قيمته في المغنم إن كان قبل القسمة، وإن كان فقيراً رده قبل القسمة ولم يلزمه بعد القسمة شيء، وإنما يرده الغني إذا كان قبل القسمة؛ لأنه يمكن رده إلى الغنيمة. وأما بعد القسمة، فقد يعذر إيصاله إلى مستحقه لتفرق الغانمين، فيتصدق به، وأما الفقير، فيرده قبل القسمة؛ لأنه حق الغير، وأما بعدها، فموجبه التصدق، وهو محل للتصدق؛ لأنه فقير.

{مطلب في كيفية القسمة}

قوله: (وَيَقْسِمُ الإِمَامُ الْغَنِيمَةَ فَيُخْرِجُ خُمُسَهَا) قال الله تعالى: ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾[1].

قوله: (وَيَقْسِمُ الأَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ بَيْنَ الْغَانِمِينَ لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ) يعني سهماً له وسهماً لفرسه، (وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وبه قال زفر والحسن بن زياد، وهو قول

(1) سورة الأنفال: 41.

العراقيين والكوفيين والبصريين.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لِلْفَارِسِ ثَلاَثُ أَسْهُمٍ) معناه: سهم له وسهمان لفرســه، وللراجل سهم، وهو قول أهل الحجاز؛ لأن مؤنة الفرس أكثر من مؤنة الآدمي، فوجب أن يكون سهمه أكثر.

ولأبي حنيفة: أن القياس يمنع الاستحقاق بالفرس؛ لأنه آلة للحرب بمنزلة الآلات كالقــوس والــرمح والسيف والنصل، وإنما ترك القياس للخبر، وقد اختلفت الأخبار في بعضــها أن النبي صلى الله عليه وسلم: «أعطى الفارس سهمين»[1]، وروي: «أنه أعطاه ثلاثة»[2]، فلما اختلفت الأخبار أسقط ما اختلف فيه وأثبت ما اتفق عليه؛ ولأن الانتفاع بالفارس أعظم من الانتفاع بالفرس. ألا ترى أن الفرس بانفراده لا يقاتل والفارس بانفراده يقاتــل، فلم يجز أن يستحق بالفرس أكثر مما يستحق بصاحبه. ولهذا قال أبو حنيفة: لا فضــل لبهيمة على إنسان، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «قسم غنائم خيبر على

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (123/2): حديث ابن عباس: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الفارس سهمين، والراجل سهماً» لم أجده.

(2) قــال ابن حجر العسقلاني في الدراية (122/2): حديث ابن عمر: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم»، البخاري: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفــرس سهمين: ولصاحبه سهماً»، وفي لفظ: «قسم يوم خيبر للفرس سهمين، وللراجل سهم»، ولأبي داود: «أســهم لرجل ولفرسه ثلاثة»، ولابن ماجه: «أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم، للفــرس ســهمان، وللراجل سهم». وقال الطبراني في الأوسط: تفرد به هشام بن يونس، عن أبي معاويــة، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، وغيره لايذكر عمر. وفيه لأبي داود من حــديث ابــن أبي عمــرة، عن أبيه: أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر، ومعنا فرس، فأعطــى كــل إنســان منا سهماً، وأعطى الفرس سهمين. وللطبراني والدارقطني، عن أبي رهم: شــهدت أنــا وأخي خيبر، ومعنا فرسان، فقسم لنا ستة أسهم. ولهما عن أبي كبشة رفعه: «إني جعلــت للفرس سهمين، وللفارس سهم، فمن نقصهما نقصه الله تعالى». وللبزار والدارقطني عن أبي المقــداد: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى للفرس سهمين، ولصاحبه سهم»، ولإسحاق عــن ابن عباس: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس ثلاثة أسهم: سهمان لفرسه، وسهم لصاحبه»، أخرجه من طريقين في كل منهما ضعف. ولأحمد من طريق المنذر ابن الزبير، عن أبيه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الزبير سهماً، وفرسه سهمين»، وأخرجه الدارقطني من طرق فــيها مقــال. وللدارقطني عن جابر: «شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فأعطى الفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم»، وله عن أبي هريرة: «أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفــرس ســهمين، ولصاحبه سهم»، وله عن محمد بن يحيى بن سهل بن أبي حثمة عن أبيه عن جده نحوه.

أهل الحديبية على ثمانية عشر سهماً، وكان الجيش ألفاً وخمسمائة منها ثلاثمائة فارس وألف ومائتا راجل، فأعطى الفارس سهمين سهماً له وسهماً لفرسه، وأعطى الراجل سهماً واحداً»(1).

ووجه التخريج على ثمانية عشر: أنك تقول: الرجالة اثنا عشر مائة، فيجعلها اثني عشر سهما كل مائة سهما، وتقول: الفرسان ثلاثمائة، فتجعلها ثلاثة من العدد كل مائة واحداً، ثم تضعف هذه الثلاثة؛ لأن لكل واحد منهم سهمين، فتكون ستة وتضمها إلى اثني عشر تكون ثمانية عشر، فيكون للفرسان في هذه القسمة ثلث الجميع وللرجالة الثلثان.

قوله: (وَلاَ يُسْهَمُ إِلاَّ لِفَرَسٍ وَاحِدٍ) هذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد.

وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين ولا يسهم لثلاثة؛ لأن الرجل قد يحتاج إلى فرسين أحدهما يركبه والآخر يكون جنيبه، فإذا أعيا الذي تحته ركب الآخر فقاتل عليه.

ولهم: ما روي: أن الزبير بن العوام حضر يوم خيبر بأفراس، فلم يسهم له النبي صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد، ولأن القتال لا يكون إلا على فرس واحد، ولا يكون على فرسين دفعة واحدة.

قوله: (وَالْبَرَاذِينُ وَالْعُتَّاقُ سَوَاءٌ)؛ لأن اسم الخيل يشتمل على جميع ذلك، والإرهاب مضاف إلى جميع جنس الخيل، قال الله تعالى: ﴿ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾(2). واسم الخيل يطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقاً واحداً؛ ولأن العتيق إذا كان في الطلب والهرب أقوى، فالبرذون أصبر وألين عطفاً، ففي كل منهم منفعة، فاستوى البرذون الذي فيه الدناءة من قبل أبيه، والعتيق الذي لا دناءة فيه لا من قبل أبيه، ولا من قبل أمه، بل كلاهما عربيان والهجين الذي فيه الدناءة من قبل أمه والمقرف دنيء الأبوين جميعاً بأن يكونا أعجميين.

وفي الصحاح: المقرف: هو الدنيء الهجنة من الفرس وغيره وهو الذي أمه عربية وأبوه ليس كذلك؛ لأن الإقراف إنما هو من قبل الفحل.

قوله: (وَلاَ يُسْهَمُ لِرَاحِلَةٍ وَلاَ بَغْلٍ) يعني أن من له بعير، أو بغل، أو حمار، فهو

---

(1) انظر فيما سبق في تخريج «أنه أعطاه ثلاثة».

(2) سورة الأنفال: 60.

والراجل سواء؛ لأن المعنى الذي في الخيل معدوم فيهم.

قوله: (وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ فَارِسًا فَنَفَقَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَ فَارِسٍ) وسواء استعاره، أو استأجره للقتال، فحضر به، فإنه يسهم له وإن غصبه وحضر به استحق سهمه من وجه محظور، فيتصدق به.

وقوله: «فنفق»: أي مات يقال نفقت الدابة ومات الإنسان وتنبل البعير كله بمعنى هلك وسواء بقي فرسه معه حتى حصلت الغنيمة، أو مات حين دخل به، أو أخذه العدو، أو كسر، أو عرج قبل حصول الغنيمة، أو بعدها فإنه يستحق سهم فارس.

وقال الشافعي: إذا مات فرسه قبل القتال، فهو راجل.

والأصل: أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة، وعنده حالة الحرب؛ لأنه هو السبب.

وقلنا: المجاوزة نوع قتال؛ لأنه يلحقهم الخوف بها وإن دخل فارساً، ثم باع فرسه، أو رهنه، أو آجره، أو وهبه، أو أعاره، ففي ظاهر الرواية: يبطل سهم الفرس، ويأخذ سهم راجل؛ لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن قصده بالمجاوزة القتال فارساً؛ ولأن بيعه له رضا بإسقاط حقه، وليس كذلك إذا نفق فرسه؛ لأنه لم يوجد منه رضا بإسقاط حقه. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يضرب له بسهم فارس؛ لأن سبب الاستحقاق قد حصل، وهو دخوله فارساً وبيع الفرس كموته، وأما إذا باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفرس، وكذا إذا باعه في حالة القتال عند البعض، والأصح: أنه يسقط؛ لأن بيعه في حالة القتال يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته.

قوله: (وَمَنْ دَخَلَ رَاجِلاً فَاشْتَرَى فَرَسًا اسْتَحَقَّ سَهْمَ رَاجِلٍ) وكذا إذا استعاره، أو استأجره، أو وهب له فله سهم راجل؛ لأن المعتبر بحالة الدخول.

وقال الحسن: إذا دخل راجلاً، واشترى فرساً، أو وهب له قبل أن يغنم العسكر شيئاً، ثم قاتل عليه معهم حتى غنموا ضرب له بسهم فارس؛ لأن المقصود بالدخول القتال والانتفاع به حالة القتال أكثر من الانتفاع به حالة الدخول.

قال في الهداية: ولو دخل فارساً، فقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق.

وفي الخجندي: إذا باع فرسه، أو وهبه، أو آجره، أو أعاره بعد الدخول سقط سهم فرسه، فإن اشترى مكانه آخر أسهم له سهم فارس.

قوله: (وَلاَ يُسْهَمُ لِمَمْلُوكٍ وَلاَ امْرَأَةٍ وَلاَ صَبِيٍّ وَلاَ مَجْنُونٍ وَلاَ ذِمِّيٍّ وَلَكِنْ يَرْضَخُ لَهُمْ الإِمَامُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى) ولا يبلغ به السهم؛ لأن المرأة والصبي عاجزان

والعبد لمولاه أن يمنعه إلا أنه يرضخ لهم تحريضاً على القتال والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال، وإنما يرضخ للعبد إذا قاتل، وكذا المرأة إنما يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى، وتقوم على المرضى. أما إذا دخلت لخدمة زوجها، أو العبد لخدمة مولاه ولم يحصل من العبد قتل ولا من المرأة مداواة ولا نفع للمسلمين، فإنه لا يرضخ لهم أصلاً، وكذا الذمي إنما يرضخ له إذا قاتل، أو دل على الطريق، وينبغي للإمام أن لا يستعين بأهل الذمة على القتال؛ لأنه لا يؤمن غدرهم وخيانتهم بالمسلمين إلا أنهم إذا حضروا وقاتلوا مع المسلمين بإذن الإمام، فإنه يرضخ لهم ولا يبلغ لرجالتهم سهم الرجالة ولا لفرسانهم سهم الفرسان لنقصان منزلتهم وانحطاط رتبتهم.

قوله: (فَأَمَّا الْخُمْسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلاثَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٌ لِلْيَتَامَى) ويشترط فيهم الفقر.

قوله: (وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لأَبْنَاءِ السَّبِيلِ) وابن السبيل هو المنقطع عن ماله.

قوله: (وَيَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي الْقُرْبَى فِيهِمْ) أي أيتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى يدخلون في سهم المساكين وأبناء السبيل من ذوى القربى، كذلك في المستصفى.

وقوله: «ذوي القربى»: يعني قرابة النبي صلى الله عليه وسلم.

قوله: (وَيُقَدَّمُونَ) أي يقدم ذوو القربى على الطوائف الثلاثة؛ لأن الله تعالى قدمهم في الآية، فقال تعالى: ﴿ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ (1).

قوله: (وَلاَ يَدْفَعُ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ شَيْئًا)؛ لأنه إنما يستحق بالفقر والحاجة.

قوله: (فَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى لِنَفْسِهِ فِي كِتَابِهِ مِنْ الْخُمْسِ فَإِنَّمَا هُوَ لافْتِتَاحِ الْكَلَامِ تَبَرُّكًا بِاسْمِهِ تَعَالَى وَسَهْمُ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) وهو شيء كان يصطفيه النبي صلى الله عليه وسلم لنفسه من الغنيمة مثل درع، أو سيف، أو جارية.

قوله: (وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم بِالنُّصْرَةِ) وبموته زالت النصرة.

قوله: (وَبَعْدَهُ بِالْفَقْرِ) يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل وكان أولاد عبد مناف أربعة

(1) سورة الحشر: 7.

هاشم والمطلب وعبد شمس ونوفل فبنو عبد شمس وبنو نوفل لا يعطون منه شيئاً. وإنما هو لبني هاشم وبني المطلب خاصة لما روي: «أن جبير بن مطعم وهو من بني نوفل، قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قسم لبني هاشم وبني المطلب: قسمت يا رسول الله لإخواننا من بني المطلب وبني هاشم، ولم تعطنا شيئاً وقرابتنا مثل قرابتهم؟ فقال عليه السلام: إنما هاشم والمطلب شيء واحد إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام، إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد هكذا، ثم شبك بين أصابعه لعن الله من فرق بينهما ربوناً صغاراً وحملناهم كباراً»، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «لما أعطى بني هاشم وبني المطلب ولم يعط بني نوفل وبني عبد شمس أتاه عثمان بن عفان رضي الله عنه وهو من بني عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل، فقالا يا رسول الله: هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله تعالى فيهم فما بال إخواننا من بني المطلب أعطيتهم ومنعتنا وقرابتنا واحدة؟ فقال: إنا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد وشبك بين أصابعه»[1]، وهذا يدل على أن

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (3/325-326): قال عليه السلام: «إنهم لم يزالوا معي في الجاهلية والإسلام» وشبك بين أصابعه؛ قلت: أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن ابن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم، قال: لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم، وبني المطلب جئت أنا، وعثمان فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم، لا ننكر فضلهم، لمكانك منهم، فما بال إخواننا من بني المطلب أعطيتهم، وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة. فقال: إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم، وبنو المطلب شيء واحد. ثم شبك بين أصابعه، انتهى. ذكره أبو داود في «الخراج»، والنسائي في «قسم الفيء»، وابن ماجه في «الجهاد» والحديث في «البخاري» ليس فيه: وشبك بين أصابعه؛ أخرجه في «الخمس»، وفي مناقب قريش، وفي غزوة خيبر خرجه في «غزوة خيبر» عن يونس عن الأزهري عن سعيد ابن المسيب أن جبير بن مطعم أخبره، قال: مشيت أنا، وعثمان بن عفان إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقلنا: أعطيت بني المطلب من خمس خيبر وتركتنا، ونحن بمنزلة واحدة منك، فقال: إنما بنو هاشم، وبنو المطلب شيء واحد، قال جبير: ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم لبني عبد شمس، وبني نوفل شيئاً، وزاد في الخمس، قال ابن إسحاق: وعبد شمس، وهاشم، والمطلب إخوة لأم، وأمهم عاتكة بنت مرة، وكان نوفل أخاهم لأبيهم، انتهى. وينظر الموضعان الآخران؛ ورواه بسند السنن ومتنها أحمد، وإسحاق بن راهويه، والبزار، وأبو يعلى الموصلي في «مسانيدهم»، قال البزار: وقد رواه هكذا عن الزهري عن سعيد غير واحد، وهو الصواب، وقد روي عن الزهري عن محمد بن جبير عن أبيه، وحديث سعيد أصح، ولا يحفظ هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم، إلا من رواية جبير ابن مطعم، انتهى.
ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، والطبراني في «معجمه»، ورواه الحاكم في كتابه «مناقب
=

الاستحقاق إنما هو بالنصرة لا بالقرابة.

قوله: (وَإِذَا دَخَلَ وَاحِدٌ أَوْ اثْنَانِ دَارَ الْحَرْبِ مُغِيرِينَ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا لَمْ يُخَمَّسْ)؛ لأنه ليس بغنيمة؛ إذ الغنيمة هي المأخوذة قهراً وغلبة لا اختلاساً وسرقة. وأما إذا دخل الواحد والاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان:

والمشهور: أنه يخمس والباقي لمن أصابه.

والرواية الثانية: لا يخمس؛ لأنه مأخوذ على طريق التلصص والرواية الأولى أصح؛ لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم، فكان المأخوذ بظهره لا بالتلصص.

قوله: (وَإِنْ دَخَلَ جَمَاعَةٌ لَهُمْ مَنَعَةٌ فَأَخَذُوا شَيْئًا خُمِّسَ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُمْ الإِمَامُ)؛ لأن الجماعة لها منعة، فكان المأخوذ قهراً وغنيمة وإن كانوا جماعة لا منعة لهم ودخلوا بغير إذن الإمام وأخذوا شيئاً لم يخمس؛ لأن المأخوذ ليس بغنيمة؛ إذ الغنيمة ما أخذت بالغلبة والقهر وهؤلاء كاللصوص؛ لأنهم يستسرون بما يأخذونه وإذا لم يكن غنيمة، فما أخذه كل واحد منهم فهو له لا يشاركه فيه صاحبه؛ لأنه مأخوذ على أصل الإباحة كالصيد والحشيش.

قوله: (وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرًا فَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَلاَ مِنْ دِمَائِهِمْ)؛ لأنه ضمن أن لا يتعرض بالاستئمان، فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً، والغدر حرام بخلاف الأسير، فإنه غير مستأمن فيباح له التعرض، وإن أطلقوه طوعاً.

قوله: (وَإِنْ غَدَرَ بِهِمْ وَأَخَذَ شَيْئًا وَخَرَجَ بِهِ مَلَكَهُ مِلْكًا مَحْظُورًا وَيُؤْمَرُ أَنْ

=

الشافعي» عن ابن إسحاق به، ثم قال: ورواه عقيل بن خالد، ويونس بن يزيد عن الزهري. وحديث يونس أخرجاه في «الصحيحين» قال: وقد روي عن الزهري عن محمد بن جبير ن مطعم عن أبيه، ثم أخرجه من طريق الشافعي أنبأنا مطرف بن مازن عن معمر بن راشد عن الزهري أخبرني محمد بن جبير بن مطعم عن أبيه، فذكره قال الشافعي: فذكرت لمطرف بن مازن أن يونس، وابن إسحاق رويا حديث الزهري عن ابن المسيب عن جبير بن مطعم، فقال: هكذا حدثناه معمر، كما وصفت لك، ولعل الزهري رواه عنهما جميعاً، انتهى. قلت: رواه الواقدي في «المغازي-في غزوة خيبر» حدثني معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم، فذكره، وعن الحاكم رواه البيهقي في «أول كتاب المدخل» بسنده، ثم قال: رواه البخاري في «كتاب القسم» من حديث عقيل، ويونس بن يزيد عن الزهري. كما نقلناه، وهذا وهم منهما، فإن قوله فيه: إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وشبك بين أصابعه، ليس في «البخاري»، إلا أن يريد أصل الحديث، والله أعلم.

يَتَصَــدَّقَ بِــهِ)؛ لأنه حصل بسبب الغدر، فأوجب ذلك خبثاً فيه، فكان محظوراً فإن لم يتصدق به، ولكنه باعه صح بيعه ولا يطيب للمشتري الثاني كما لا يطيب للأول.

{مطلب في المستأمن}

قــوله: (وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ لَمْ يُمَكَّنْ أَنْ يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَةً)؛ لأنه إذا أقــام في دارنا وقف على عورات المسلمين، فلم يؤمن أن يدل علينا المشركين، فيكون عيناً لهم وعوناً علينا، ويمكن من الإقامة اليسيرة؛ لأنه قد يجوز أن يظهر له رغبة في دين الإســلام فــيدخل فيه؛ ولأن في منعه من الإقامة اليسيرة قطع الجلب وسد باب التجارة والميرة، وفيه ضرر بالمسلمين والمدة الطويلة هي السنة واليسيرة ما دونها.

قوله: (وَيَقُولُ لَهُ الإِمَامُ إِذَا أَقَمْت تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعْت عَلَيْك الْجِزْيَةَ) فيه إشارة إلى أن الجزية توضع عليه من وقت الدخول.

وفي بعــض الكــتب: من وقت القول، وينبغي للإمام أن يقول له ذلك في أول ما دخل وتضرب له مدة على ما يرى، ويكون دون السنة نحو الشهرين والثلاثة، ويقول له: إذا جاوزتها جعلتك ذمياً ووضعت عليك الجزية.

قوله: (فَإِنْ أَقَامَ سَنَةً أُخِذَتْ مِنْهُ الْجِزْيَةُ وَصَارَ ذِمِّيًّا وَلَمْ يُتْرَكْ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى دَارِ الْحَــرْبِ)؛ لأنه لما أقام بعد هذا صار ملتزماً للجزية، فإذا أخذت منه الجزية صار ذمياً والذمي لا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب.

قــوله: (فَــإِنْ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِمْ فَقَدْ صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالْعَوْدِ)؛ لأنه أبطل أمانه برجوعه إلى دار الحرب.

قــوله: (وَمَا فِي دَارِ الإِسْلاَمِ مِنْ مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ)؛ لأنه بالأمان حظر دمه وماله وزوال الحظر عن دمه لا يزيل الحظر عن ماله، فبقي ماله على ما كان عليه.

قوله: (فَإِنْ أُسِرَ أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَقُتِلَ سَقَطَتْ دُيُونُهُ وَصَارَتْ الْوَدِيعَةُ فَيْئًا) أما الــوديعة، فلأنها في يده تقديراً؛ لأن يد المودع كيده، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه. وأما الدين، فلأن اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقطت ويد من عليه أسبق من اليد العامة فيختص به، فيسقط.

قــوله: (وَمَــا أَوْجَــفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ) أي أسرعوا إلى أخذه (مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَــرْبِ بِغَيْــرِ قِتَالٍ صُرِفَ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَمَا يُصْرَفُ الْخَرَاجُ) الإيجاف هو الإسراع والإزعاج للغير والوجيف نوع من السير فوق التقريب.

ومعنى المسألة: ما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب بغير قتال صرف

في مصـــالح المســـلمين كما يصرف الخراج مثل الأرضين التي أجلوا أهلها عنها لا خمس فيها.

وقـــوله: كمـــا يصرف الخراج، فائدته: أنه لا يقسم قسمة الغنيمة، ولا يجب فيه الخمس.

{مطلب في أرض العشر والخراج}

قـــوله: (وَأَرْضُ الْعَرَبِ كُلُّهَا أَرْضُ عَشْرٍ وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعُذَيْبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةَ إِلَى حَدِّ الشَّامِ) العذيب قرية من قرى الكوفة.

وقـــوله: حجـــر هو بفتح الحاء والجيم واحد الأحجار مهرة موضع باليمن مسماة بمهرة بن حيدان أبو قبيلة تنسب إليها الإبل المهرية.

قوله: (وَالسَّوَادُ كُلُّهَا أَرْضُ خَرَاجٍ) يعني سواد العراق سمي بذلك لخضرة أشجاره وزرعه وسواد العراق أراضيه.

وقال التمرتاشي: سواد البصرة والكوفة قراهما.

قـــوله: (وَهِـــيَ مَا بَيْنَ الْعُذَيْبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلْوَانَ وَمِنْ الْعَلْثِ إِلَى عَبَّادَانَ) عقبة حلوان حد سواد العراق عرضاً، والعلث قرية بالعراق شرقي دجلة وعبادان حصن صغير علـــى شـــاطئ البحر وطول سواد العراق مائة وثمانون فرسخاً، وعرضه ثمانون فرسخاً، ومساحته اثنان وثلاثون ألف ألف جريب.

وقيل: ستة وثلاثون ألف ألف جريب.

قـــوله: (وَأَرْضُ السَّوَادِ كُلُّهَا مَمْلُوكَةٌ لأَهْلِهَا يَجُوزُ بَيْعُهُمْ لَهَا وَتَصَرُّفُهُمْ فِيهَا)؛ لأنها فتحت عنوة وقهراً، وأقر أهلها عليها ووضع عليهم الخراج في أرضهم والجزية على رؤوسهم فبقيت الأرض مملوكة لهم.

قوله: (وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ فُتِحَتْ عَنْوَةً وَقُسِّمَتْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَهِيَ أَرْضُ عُشْـــرٍ) يعني ما سوى أرض العرب؛ لأن المسلم لا يبتدأ بالخراج والعشر أليق به؛ لأنه طهرة وعبادة، وكذلك ما سوى أرض السواد.

قوله: (وَكُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً فَأُقِرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ)؛ لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق، وهذا إذا وصل إليها ماء الأنهار وكل أرض لا يصل إليها ماء الأنهار، وإنما تسقى بعين، فهي عشرية لقوله عليه السلام: «ما سقته ماء

السماء ففيه العشر»[1]، وماء العين في معنى ماء السماء قال الله تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّ ٱللَّهَ أَنزَلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً فَسَلَكَهُۥ يَنَـٰبِيعَ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾[2].

{مطلب في إحياء الموات}

قوله: (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هِيَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيْزِهَا) أي بقربها والحيز القرب.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْخَرَاجِ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْزِ أَرْضِ الْعُشْرِ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ) هذا إذا كان المحيي لها مسلماً. أما إذا كان ذمياً فعليه الخراج، وإن كانت من حيز أرض العشر، وكان القياس عند أبي يوسف أن تكون البصرة خراجية؛ لأنها من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة وضعوا عليها العشر، فترك القياس لإجماعهم.

قوله: (وَالْبَصْرَةُ عِنْدَنَا عُشْرِيَّةٌ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم) لما بيناه.

قوله: (وَقَالَ مُحَمَّدٌ إِنْ أَحْيَاهَا بِبِئْرٍ حَفَرَهَا أَوْ عَيْنٍ اسْتَخْرَجَهَا أَوْ مَاءِ دِجْلَةَ أَوْ الْفُرَاتِ أَوْ الأَنْهَارِ الْعِظَامِ الَّتِي لاَ يَمْلِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ) قال في الهداية: الماء العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد والماء الخراجي الأنهار التي شقها الأعاجم وماء سيحون وجيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد وخراجي عند أبي يوسف ذكره في باب زكاة الزروع والثمار.

قوله: (وَإِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الأَنْهَارِ الَّتِي احْتَفَرَهَا الأَعَاجِمُ كَنَهْرِ الْمَلِكِ وَنَهْرِ يَزْدَجْرِدْ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ) يزدجرد من ملوك فارس وهو آخر ملوكهم.

{مطلب في الخراج}

قوله: (وَالْخَرَاجُ الَّذِي وَضَعَهُ عُمَرُ بن الْخَطَّابِ رضي الله عنه عَلَى أَهْلِ السَّوَادِ فِي كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ الْمَاءُ قَفِيزُهَا شَمِّيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرْهَمٌ) الخراج على ضربين:

1 - خراج مقاطعة.

2- وخراج مقاسمة.

فخراج المقاطعة: هو الذي ذكره الشيخ.

وخراج المقاسمة: هو ما إذا افتتح الإمام بلداً، ومن عليهم، أو رأى أن يضع عليهم

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الزكاة (باب: العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري) بلفظ:«فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر وما سقي بالنضح نصف العشر».

(2) سورة الزمر: 21.

جـــزءاً من الخراج. أما نصف الخراج، أو ثلثه، أو ربعه، فإنه يجوز، ويكون حكمه حكم العشر يعني أنه يتعلق بالخارج لا بالتمكن من الزراعة حتى إذا عطل الأرض مع التمكن لا يجـــب عليه شيء كما في العشر ويوضع ذلك في الخراج. ومن حكمه: أنه لا يزيد على النصـــف، وينبغي أن لا ينقص عن الخمس ضعف ما يؤخذ من المسلمين والجريب أرض طوله ستون ذراعاً، وعرضه ستون ذراعاً يزيد على ذراع العامة بقبضة.

وذكر الصيرفي رحمه الله: أن الذراع المعتبر سبع قبضات من غير الإبهام.

وقـــوله: «قفيزها شي»: هو ثلاثة أرطال بالعراقي مثل الصاع الحجازي، وذلك أربعة أمناء عند أبي حنيفة ومحمد، ويكون مما يزرع في تلك الأرض.

وقال الإمام ظهير الدين: يكون من الحنطة، أو الشعير، كذا في المستصفى.

وقوله: «ودرهـم»: معناه يكون الدرهم من وزن سبعه، وهو أن يكون وزنه أربعة عشر قيراطاً.

قـــوله: (وَفِي جَرِيبِ الرَّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ وَفِي جَرِيبِ الْكَرْمِ الْمُتَّصِلِ وَالنَّخْلِ الْمُتَّصِـــلِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) المتصل ما لا يمكن الزراعة تحته؛ ولأن المؤن متفاوتة، فالكرم أخفها مؤنة والزرع أكثرها مؤنة والرطبة بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها، فجعل الواجب في الكـــرم أعلاها، وفي الزرع أدناها، وفي الرطبة أوسطها، كذا في الهداية. وهذا التقدير منقول عن عمر.

قـــوله: (وَمَـــا سِـــوَى ذَلِكَ مِنْ الأَصْنَافِ يُوضَعُ عَلَيْهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ) معناه كالزعفـــران وغيره؛ لأنه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه، وقد اعتبر عمر الطاقة في الموظـــف، فنعتـــبرها فـــيما لا توظيف فيه، قالوا: ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج، ولا يزاد عليه؛ لأن النصف عين الأنصاف.

قـــال الخجندي: وفي جريب الزعفران الخراج قدر ما يطيق إن كان يبلغ قدر غلة الأرض المـــزروعة يؤخذ منه قدر خراج المزروعة، وإن كان يبلغ غلة الرطبة ففيه خمسة دراهم وعلى هذا التقدير.

واعلـــم أن الخـــراج لا يتكرر بتكرر الخارج في سنة واحدة، وإنما عليه في السنة الواحدة خراج واحد سواء زرعها في السنة مرة، أو مرتين، أو ثلاثاً بخلاف العشر؛ لأنه لا يتحقق عشر إلا بوجوده في كل خارج.

قـــوله: (فَـــإِنْ لَـــمْ تُطِـــقْ مَا وُضِعَ عَلَيْهَا نَقَصَهَا الإِمَامُ) قال في الهداية: النقص عـــند قلـــة الـــريع جائـــز بالإجمـــاع. وأما الزيادة عند زيادة الريع فجائزة عند محمد

أيضاً اعتباراً بالنقصان.

وعند أبي يوسف: لا يجوز، عن أبي حنيفة مثل قول محمد.

قال أبو يوسف: لا ينبغي للوالي أن يزيد على وظيفة عمر.

وقال محمد: لا بأس بذلك إذا كانت أراضيهم تحمل أكثر من ذلك، فإن أخرجت الأرض قدر الخراج أخذ نصفه، وإن أخرجت مثلي الخراج أخذ الخراج كله، ويؤخذ الخراج من أرض النساء والصبيان والمجانين.

قوله: (وَإِنْ غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ الْمَاءُ وَانْقَطَعَ عَنْهَا أَوْ اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلاَ خَرَاجَ عَلَيْهِمْ)؛ لأنه فات التمكن من الزراعة، وكذا إذا كانت الأرض نزة، أو سبخة.

وقوله: «أو اصطلم الزرع آفة»: يعني إذا ذهب كل الخارج. أما إذا ذهب بعضه، قال محمد: إن بقي مقدار الخراج، ومثله بأن بقي مقدار قفيزين ودرهمين يجب الخراج، وإن بقي أقل من مقدار الخراج أخذ نصفه، قال مشايخنا: والصواب في هذا أن ينظر أولاً ما أنفق هذا الرجل في هذه الأرض، ثم ينظر إلى الخارج، فيحسب ما أنفق أولاً من الخارج، فإن فضل منه شيء أخذ منه على نحو ما بيناه.

وما ذكر في الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض. أما إذا بقي ذلك فلا يسقط الخراج، كذا في الفوائد.

وقوله: «أو اصطلم الزرع آفة»: يعني سماوية لا يمكن الاحتراز عنها كالاحتراق ونحوه. أما إذا كانت غير سماوية، ويمكن الاحتراز عنها كأكل القردة والسباع والأنعام ونحوه لا يسقط الخراج على الأصح.

وذكر شيخ الإسلام: أن هلاك الخارج قبل الحصاد يسقط الخراج وهلاكه بعد الحصاد لا يسقطه. ولو مات صاحب الأرض بعد تمام السنة لم يؤخذ خراج الأرض من تركته عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وذكر في زكاة الأصل أنه يؤخذ من تركته بخلاف العشر، فإنه لا يسقط بموت من هو عليه في ظاهر الرواية، وفي رواية ابن المبارك: يسقط.

قوله: (وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ)؛ لأنه متمكن من الزراعة، وهو الذي فوت الزراعة، وهذا إذا كان الخراج موظفاً. أما إذا كان خراج مقاسمة لا يجب شيء كذا في الفوائد ومن انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر، فعليه خراج الأعلى؛ لأنه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف، ولا يفتى به كي لا تتجزأ الظلمة على أخذ مال المسلمين، كذا في الهداية.

قـــوله: (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْخَرَاجِ أُخِذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ عَلَى حَالِهِ)؛ لأن الأرض اتصفت بالخراج، فلا تتغير بتغير المالك.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُسْلِمُ أَرْضَ الْخَرَاجِ مِنَ الذِّمِّيِّ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْخَرَاجُ وَلاَ عُشْـــرَ فِي الْخَارِجِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ) يعني إذا اشترى المسلم أرض الخراج، فعليه الخراج لا غير ولا عشر عليه، ولا يجتمع خراج وعشر في أرض واحدة.

وعند الشافعي: يجمع بينهما؛ لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين، فلا يتنافيان.

فقـــوله: «حقـــان مختلفان»: يعني أن أحدهما مؤنة في معنى العقوبة، وهو الخراج والثاني مؤنة في معنى العبادة وهو العشر.

وقوله: «في محلين مختلفين»: يعني أن محل الخراج الذمة، ومحل العشر الخارج.

وقـــوله: «بســـببين مختلفين»: فسبب وجوب العشر النماء الحقيقي، وهو وجود الخارج، وسبب الخراج النماء التقديري، وهو التمكن من الزراعة.

ولنا: قوله عليه السلام: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»[1]؛ ولأن الخراج يجـــب في أرض فـــتحت عنوة وقهراً، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً والوصفان لا يجـــتمعان في أرض واحدة. وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما كما إذا اشترى أحدهما أرض عشر، أو أرض خراج للتجارة كان فيها العشر، أو الخراج دون زكاة التجارة.

{مطلب في الجزية}

قـــوله: (وَالْجِزْيَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلْحِ فَتُقَدَّرُ بِحَسَبِ مَا يَقَـــعُ عَلَيْهِ الاتِّفَاقُ) كما «صالح النبي صلى الله عليه وسلم بني نجران على ألف ومائتي حلة»[2]؛ ولأن الموجب هو التراضي، فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه.

---

(1) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية (132/2): حديث: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم» ابـــن عـــدى عـــن ابن مسعود رفعه بلفظ: «لا يجتمع على مسلم خراج وعشر»، وفيه يحيى بن عنبسة، وهو واهٍ. وقال الدارقطنى هو كذاب، وصح هذا الكلام عن الشعبي. وعن عكرمة أخرجه ابـــن أبي شـــيبة، وصح عن عمر بن عبد العزيز: أنه قال لمن قال: إنما على الخراج، الخراج على الأرض، والعشـــر علـــى الحب، أخرجه البيهقى من طريق يحيى بن آدم في الخراج له، وفيها عن الزهرى: لم يزل المسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعده يعاملون على الأرض ويستكرونها، ويؤدون الزكاة عما يخرج منها.

(2) قـــال ابن حجر العسقلاني في الدراية (132/2-133): قوله: روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح بني نجران على ألف ومائتي حلة»، أبو داود من طريق السدى عن ابن عباس به، لكن قال: =

قــوله: (وَجِزْيَةٌ يَبْتَدِئُ الإِمَامُ بِوَضْعِهَا إِذَا غَلَبَ الإِمَامُ عَلَى الْكُفَّارِ وَأَقَرَّهُمْ عَلَى أَمْلاَكِهِــمْ فَيَضَعُ عَلَى الْغَنِيِّ الظَّاهِرِ الْغِنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا يَأْخُذُ مِنْهُ فِــي كُــلِّ شَهْرٍ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ) والظاهر الغناء هو صاحب المال الكثير، وقيل: هو الذي يملك عشرة آلاف، ثم إذا كان الرجل في أكثر السنة غنياً أخذ منه جزية الأغنياء، وإن كان في أكثــرها فقــيراً أخذ منه جزية الفقراء ومن مرض أكثر السنة لم يؤخذ منه جزية؛ لأن المــريض لا يقدر على العمل، فهو كالزمن، وكذا إذا مرض نصف السنة؛ لأن الموجب والمســقط تســاويا فيما طريقه العقوبة، فكان الحكم للمسقط كالحدود، فإن صح أكثر السنة فعليه الجزية؛ لأن للأكثر حكم الكل.

قــوله: (وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ الْحَالِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمَانِ) المتوسط الحال الذي له مال، لكنه لا يستغني به عن العمل.

وقيل: هو من يملك مائتي درهم فصاعداً.

قوله: (وَعَلَى الْفَقِيرِ الْمُعْتَمِلِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا فِي كُلِّ شَهْرٍ دِرْهَمٌ) المعتمل هو الــذي يقــدر على تحصيل الدراهم والدنانير بأي وجه كان، وإن كان لا يحسن الحرفة أصلاً.

قال في الهداية: ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً، ويكتفى بصحته في أكثر السنة. وأما الفقير الذي ليس بمعتمل، فلا جزية عليه عندنا.

قوله: (وَتُوضَعُ الْجِزْيَةُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِيِّ وَعَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنْ الْعَجَمِ وَلاَ تُوضَعُ عَلَى عَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنْ الْعَرَبِ وَلاَ عَلَى الْمُرْتَدِّينَ)؛ لأن كفرهما قد تغلظ. أما مشــركو العرب، فلأن النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم، والقرآن نزل بلغتهم فالمعجــزة في حقهــم أظهر. وأما المرتد، فإنه كفر بعد ما هدي للإسلام ووقف على محاسنه، فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام، أو السيف زيادة في العقوبة؛ ولأنهم لا يقرون على الكفر بالرق، فلا يجوز إقرارهم عليه بالجزية.

قــوله: (وَلاَ جِزْيَةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَلاَ صَبِيٍّ)؛ لأن الجزية وجبت بدلاً عن القتال، أو القتل، وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية.

قوله: (وَلاَ عَلَى زَمِنٍ وَلاَ عَلَى أَعْمَى) وكذا المفلوج ولا الشيخ الكبير لما بينا.

=

ألفي حلة، النصف في صفر والبقية في رجب، الحديث ورواته موثقون، إلا أن في سماع السدى من ابن عباس نظر.

وقال أبو يوسف: عليهم الجزية إذا كانوا أغنياء؛ لأنهم يقتلون في الجملة إذا كان لهم رأي.

ولنا: أنهم ليسوا من أهل القتال، فأشبهوا النساء والصبيان.

قوله: (وَلاَ عَلَى فَقِيرٍ غَيْرِ مُعْتَمِلٍ) وكذا لا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد، ولا يؤدي عنهم مواليهم.

قوله: (وَلاَ عَلَى الرُّهْبَانِ الَّذِينَ لاَ يُخَالِطُونَ النَّاسَ) هذا محمول على أنهم إذا كانوا لا يقدرون على العمل. أما إذا كانوا يقدرون فعليهم الجزية؛ لأن القدرة فيهم موجودة وهم الذين ضيعوها، فصار كتعطيل أرض الخراج.

قوله: (وَمَنْ أَسْلَمَ وَعَلَيْهِ جِزْيَةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ)؛ لأنها تجب على وجه العقوبة، فتسقط بالإسلام كالقتل، أو لأنها تجب على وجه الإذلال، وذلك يسقط عنه بالإسلام، وكذا إذا مات ذمياً، وعليه جزية سقطت عنه لما مضى، ولا يؤخذ من تركته وهذا كله عندنا.

وقال الشافعي: لا تسقط عنه في الوجهين أعني إذا أسلم، أو مات كافراً.

قوله: (وَإِنْ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ حَوْلاَنِ تَدَاخَلَتْ الْجِزْيَةُ) يعني تدخل إحداهما في الأخرى ويقتصر على جزية واحدة وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنه لما وجبت عليه الجزية في السنة الأولى ولم تؤخذ حتى دخلت السنة الأخرى ووجبت جزية أخرى اجتمع عليه عقوبتان من جنس واحد، فيجب الاقتصار على أحدهما كالحدود.

وقال أبو يوسف ومحمد: تؤخذ منه؛ لأنها حق في مال، فلا يتداخلان كالديون والخراج والأجرة وإن مات عند تمام السنة لا تؤخذ منه في قولهم جميعاً، وكذا إن مات في بعض السنة.

وقيل: خراج الأرض على هذا الخلاف.

وقيل: لا تداخل فيه بالاتفاق.

قال في الينابيع: الجزية تجب في أول الحول عند أبي حنيفة، إلا أنها تؤخذ في آخر الحول قبل تمامه من حيث يبقى منه يوم أو يومان.

وقال أبو يوسف: لا تؤخذ الجزية حتى تدخل السنة ويمضي شهران منها.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ وَلاَ كَنِيسَةٍ فِي دَارِ الإِسْلاَمِ) فأما إذا كانت لهم بيع وكنائس قديمة لم يتعرض لهم في ذلك؛ لأنا أقررناهم على ما هم عليه، فلو أخذناهم بنقضها كان فيه نقض لعهدهم، وذلك لا يجوز.

قوله: (وَإِذَا انْهَدَمَتْ الْكَنَائِسُ وَالْبِيَعُ الْقَدِيمَةُ أَعَادُوهَا) إلا أنهم يمنعون من الزيادة علـى البناء الأول، وكذا ليس لهم أن يحولوها من الموضع الذي هي فيه إلى موضع آخر من المصر.

قال في الهداية: والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة.

وقـال محمد: لا ينبغي أن لا يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمـر والخنزير مصراً كان أو قرية، ويمنع أهل الذمة أن يتخذوا أرض العرب مسكناً، أو وطناً، قال عليه السلام: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[1]، وقال عليه السلام: «لإن عشت إلى قابل لأخرجن النصارى من نجران»[2].

قـوله: (وَيُـؤْخَذُ عَلَـى أَهْلِ الذِّمَّةِ بِالتَّمْيِيزِ عَنْ الْمُسْلِمِينَ فِي زِيِّهِمْ وَمَرَاكِبِهِمْ وَسُـرُوجِهِمْ وَمَلَابِسِهِمْ)؛ لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد أن يأمروا أهل الذمـة أن يخـتموا في رقابهم بالرصاص وأن يظهروا مناطقهم وأن يجدفوا براذينهم ولا يتشبهوا بالمسلمين في أثوابهم، ولأن الكافر لا تجوز موالاته ولا تعظيمه، فإذا اختلط زيهم ولم يتميـزوا لم نأمن أن نواليهم ظناً منا أنهم مسلمون. وقال عليه السلام: «لا تبدءوهم بالسلام وألجئوهم إلى أضيق الطريق»[3]، فإذا لم نعرفهم لم نأمن أن نبدأهم بالسلام؛ ولأنه قد يموت أحدهم وهو غير متميز بزيه، فنصلي عليه، وندفنه في مقابر المسلمين ونستغفر له وذلك لا يجوز.

قال أبو حنيفة: لا ينبغي أن يترك أحد من أهل الذمة يتشبه في لباسه بالمسلم، ولا في مـركبه وهيئـته، ولا يلبسـوا طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا أردية مثل أرديتهم

(1) قـال ابـن حجر العسقلاني في الدراية (135/2): حديث: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب» مالـك في المـوطأ عن ابن شهاب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يجتمع دينان في جزيـرة العرب» قال ابن شهاب: ففحص عن ذلك عمر حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله علـيه وسلم قال ذلك، فأجلى يهود خيبر، ويهود نجران، وفدك. ووصله ابن إسحاق في السيرة: حـدثني صـالح بن كيسان، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله عن عائشة قالت: كان آخر ما عهد به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يترك بجزيرة العرب دينان.

(2) أخـرجه مسـلم في صحيحه في كتاب الجهاد والسير (باب: إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب) بلفظ: «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلماً».

(3) أخـرجه ابن حجر العسقلاني في تلخيص الحبير (126/4): حديث إذا لقيتموهم فاضطروهم إلى أضـيق الطـريق مسـلم عن أبي هريرة في حديث ورواه أبو داود بلفظ إذا لقيتموهم في الطريق فاضطروهم إلى أضيق الطريق.

ويمنعون أن يلبسوا لباساً يختص به أهل العلم والزهد والشرف. وينبغي أن يؤخذوا حتى يجعل كل واحد منهم في وسطه زناراً، وهو خيط عظيم من الصوف يعقده على وسطه ويكون في الغلظ بحيث يظهر للرائي ويلبس قلنسوة طويلة سوداء من اللبد يعرف بها لا تشبه قلانس المسلمين، ويجعل على بيوتهم علامات كي لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة، ويجب أيضاً أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الزي والهيئة.

قوله: (وَلاَ يَرْكَبُونَ الْخَيْلَ وَلاَ يَحْمِلُونَ السِّلاَحَ)؛ لأن في ذلك توسعة عليهم، وقد أمرنا بالتضييق عليهم؛ ولأنا لا نأمن إذا فعلوا ذلك أن تقوى شوكتهم، فيعودوا إلى حربنا، وليس لهم أن يبيعوا الخمر والخنزير بعضهم على بعض في ديار المسلمين علانية، ولا يدخلون ذلك في أمصار المسلمين ولا قراهم؛ لأنه فسق ولا يحل إظهار الفسق في بلاد المسلمين؛ لأنهم إذا أظهروه لم يؤمن أن تألفه المسلمون.

قوله: (وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الْجِزْيَةِ أَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا أَوْ سَبَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم أَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ لَمْ يَنْتَقِضْ عَهْدُهُ) أما إذا امتنع من أداء الجزية أمكن الإمام أخذها منه، وكذا إذا قتل مسلماً، أو زنى بمسلمة أمكن الإمام استيفاء القصاص منه وإقامة الحدود عليه. وأما سب النبي صلى الله عليه وسلم، فلا يكون نقضاً للعهد عندنا؛ لأنه كفر والكفر المقارن له لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه، ولأن سب النبي صلى الله عليه وسلم يجري مجرى سب الله تعالى وهم يسبون الله تعالى، فيقولون له ولد.

قوله: (وَلاَ يَنْتَقِضُ الْعَهْدُ إِلاَّ أَنْ يَلْحَقُوا بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ يَغْلِبُوا عَلَى مَوْضِعٍ فَيُحَارِبُونَا)؛ لأنهم إذا لحقوا بدار الحرب صاروا حرباً علينا، فيعرى عقد الذمة عن الفائدة، وهو دفع شر الحراب.

{مطلب في أحكام المرتد}

قوله: (وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ عَنْ الإِسْلاَمِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ عُرِضَ عَلَيْهِ الإِسْلاَمُ فَإِنْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ كُشِفَتْ لَهُ)؛ لأن العرض على ما قالوا غير واجب؛ لأن الدعوة قد بلغته كذا في الهداية.

وفي الخجندي: إذا ارتد البالغ عن الإسلام، فإنه يستتاب، فإن تاب وأسلم، وإلا قتل مكانه، ومن سب الشيخين[1]، أو طعن فيهما يكفر ويجب قتله، ثم إن رجع وتاب وجدد الإسلام، هل تقبل توبته أم لا؟

(1) والمراد بالشيخين: أبو بكر وعمر بن الخطاب.

قال الصدر الشهيد: لا تقبل توبته وإسلامه، وبه أخذ الفقيه أبو الليث السمرقندي، وأبـو نصر الدبوسي، وهو المختار للفتوى إلا إذا طلب أن يؤجل، فإنه يؤجل ثلاثة أيام ولا يزاد عليها ولا تقبل منه جزية.

قـوله: (وَيُحْبَسُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلاَّ قُتِلَ) هذا إذا استمهل. فأما إذا لم يستمهل قتل من ساعته.

قال في الفوائد: لا يجوز الإمهال بدون الاستمهال في ظاهر الرواية.

وعـن أبي يوسف: يستحب الإمهال، وإن لم يستمهل، وكذا روي عن أبي حنيفة أيضاً.

وفي الجامع الصغير: يعرض عليه الإسلام، فإن أبى قتل ولم يذكر الإمهال، فيحتمل على أنه لم يستمهل.

قـوله: (فَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الإِسْلاَمِ عَلَيْهِ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ وَلاَ شَيْءَ عَلَى الْقَاتِلِ)؛ لأن القتل مستحق عليه بكفره، والكفر يبيح الدم، والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب.

قوله: (وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلاَ تُقْبَلُ وَلَكِنْ تُحْبَسُ حَتَّى تُسْلِمَ) سواء كانت حرة، أو أمة إلا أن الأمة يجبرها مولاها على الإسلام، ويفوض ضربها وتأديبها إليه ولا يطؤها.

وكيفـية حـبس المرأة: أن يحبسها القاضي، ثم يخرجها في كل يوم يعرض عليها الإسـلام، فإن أبت ضربها أسواطاً، ثم يعرض عليها الإسلام، فإن أبت حبسها يفعل بها هكذا كل يوم أبداً حتى تسلم، أو تموت.

والعـبد يستتاب، فإن أسلم وإلا قتل، واكتسابه يكون لمولاه وإذا ارتد الصبي عن الإسـلام، وهو يعقل فارتداده ارتداد عندهما، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل، وإسلامه إسلام حتى لا يرث أبويه الكافرين. وإذا مات مرتداً لم يصل عليه.

وقـال أبـو يوسف: ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام، والذي يعقل هو الذي يعرف أن الإسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب.

قوله: (وَيَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَدِّ عَنْ أَمْلاَكِهِ بِرِدَّتِهِ) لزوال الأمر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يزول.

قوله: (فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ أَمْلاَكُهُ عَلَى حَالِهَا وَإِنْ قُتِلَ أَوْ مَاتَ عَلَى رِدَّتِه انْتَقَلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ إِسْلاَمِهِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ وَكَانَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيْئًا) يعني أنه يوضع في بيت المال، فكذا إذا لحق بدار الحرب مرتداً، وحكم بلحاقه وهذا قول أبي

حنيفة، وقالا: كِلاَ الكسبين لورثته المسلمين.

وقال الشافعي: كلاهما فيء؛ لأنه مات كافراً، والمسلم لا يرث الكافر.

ولهما: أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه، فينتقل بموته إلى ورثته ويستند التوريث إلى ما قبل ردته إذ الردة سبب الموت، فيكون توريث المسلم من المسلم، ولأن الردة لما كانت سبباً للموت جعلت موتاً حكماً، فكان آخر جزء من أجزاء إسلامه آخر جزء من أجزاء حياته حكماً، فيرث الوارث المسلم ما كان ملكاً له في تلك الحال، ولأبي حنيفة أن كسبه في حال ردته كسب مباح الدم، وليس فيه حق لأحد، فكان فيئاً كمال الحربي.

وإنما احترزنا بقولنا: ليس فيه حق لأحد عن المكاتب إذا ارتد واكتسب مالاً في حال ردته، فإنه لا يكون فيئاً، ويكون لمولاه؛ لأن حقه متعلق به وإذا ثبت أن ما اكتسبه في حال الإسلام لورثته المسلمين.

قال أبو حنيفة: يعتبر حال ورثة المرتد بيوم ارتداده لا بيوم موته ولا قبله، فإن كان حراً مسلماً يومئذ ورث، وإن كان عبداً، أو كافراً لم يرث، وإن أعتق، أو أسلم قبل أن يقتل المرتد، أو يموت لم يرث.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر حاله يوم يموت، أو يقتل، أو يحكم بلحاقه بدار الحرب؛ لأن من أصلهما أن ملك المرتد لم يزل بالردة، وإنما يزول بالموت، أو القتل، أو الحكم باللحاق، فاعتبر حال الوارث في تلك الحال.

ومن أصل أبي حنيفة: أن ملك المرتد يزول في آخر جزء من أجزاء إسلامه كما يزول ملك المسلم يوم الموت في آخر جزء من أجزاء حياته، فكما وجب اعتبار حال وارث المسلم يوم الموت، فكذا يعتبر حال وارث المرتد يوم الردة، كذا في شرحه.

وفي الهداية: إنما يرثه من كان وارثاً حالة الردة، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة، قالوا: وهي رواية الحسن عنه حتى أن من مات قبل ذلك لا يرث، وفي رواية عنه: أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته، بل يخلفه وارثه؛ لأن الردة بمنزلة الموت، قالوا: وهي رواية أبي يوسف عنه، والمرتدة كسبها لورثتها؛ لأنه لا حراب منها، فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند أبي حنيفة، ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة؛ لأنها فارة وإن كانت صحيحة لا يرثها؛ لأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد، فإنه إذا ارتد وهو صحيح، فإنها ترث؛ لأن الزوج يقتل، فأشبه الطلاق في المرض.

قوله: (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِلَحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُهُ وَأُمَّهَاتُ

أَوْلَادِهِ) يعني من الثلث وحلت الديون التي عليه، وهذا قولهم جميعاً. أما على أصل أبي حنيفة: فإن زوال ملكه بالردة مراعى والحكم باللحاق بمنزلة موته. ولو مات استقر زوال ملكه وعتق مدبروه وأمهات أولاده. وأما على أصلهما، فإن ملكه لم يزل بالردة، وإنما يزول بالموت، أو باللحاق إذا حكم به حاكم، فاتفق الجواب فيه. وأما مكاتبه، فيؤدي مال الكتابة إلى ورثته، ويكون ولاؤه للمرتد كما يكون ولاؤه للمولى الميت، وإذا استقر زوال ملكه باللحاق حلت ديونه المؤجلة كما لو مات.

قوله: (وَنُقِلَ مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ)؛ لأنه باللحاق صار من أهل دار الحرب، وهم أموات في حق أحكام أهل الإسلام بانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتى، فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا، فلا بد من القضاء.

قوله: (وَتُقْضَى الدُّيُونُ الَّتِي لَزِمَتْهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ مِمَّا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسْلَامِ وَمَا لَزِمَهُ مِنْ الدُّيُونِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ) يقضى مما اكتسبه في حال ردته، وهذه رواية عن أبي حنيفة: وهي قول زفر عن أبي حنيفة: أن ديونه كلها مما اكتسبه في حال الردة خاصة، فإن لم تف كان الباقي فيما اكتسبه في حال الإسلام؛ لأن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه، فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا لم يف، فحينئذ يقضى من كسب الإسلام.

قوله: (وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ أَمْوَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ مَوْقُوفٌ فَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّتْ عُقُودُهُ وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتْ) وهذا عند أبي حنيفة. وعندهما: تصرفاته جائزة إلا أن عند أبي يوسف هي كتصرفات الصحيح، فلا تبطل بموته، ولا يحكم بلحاقه.

وعند محمد: هي كتصرفات المريض، فيصح كما يصح من المريض؛ لأن الارتداد يفضي إلى القتل ظاهراً، فإذا مات أو حكم بلحاقه جاز عتقه وهبته وصدقته ومحاباته من الثلث عند محمد كما يكون من المريض بخلاف المرتدة، فإنها لا تقتل، فتصرفاتها كتصرفات الصحيح.

قوله: (وَإِذَا عَادَ الْمُرْتَدُّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِلَحَاقِهِ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مَالِهِ بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ)؛ لأن الوارث إنما يخلفه لاستغنائه عنه، فإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه. وأما إذا باعه الوارث قبل الرجوع، أو وهبه، أو أعتقه، فلا رجوع له فيه؛ لأن الملك زال عمن يملكه، فصار كملك الموهوب له إذا زال، فإنه يسقط حق

الـــرجوع كذلك هذا ولا ضمان على الوارث فيما تصرف فيه قبل رجوعه مسلماً؛ لأنه تصرف على ظاهر ملكه كتصرف الموهوب له، وهذا كله إذا لحق وحكم بلحاقه. أما إذا رجع مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه، فجميع أمواله على حالها ولا يعتق مدبروه ولا أمهات أولاده.

قوله: (وَالْمُرْتَدَّةُ إِذَا تَصَرَّفَتْ فِي مَالِهَا فِي حَالِ رِدَّتِهَا جَازَ تَصَرُّفُهَا)؛ لأن ملكها لا يزول بردتها، ثم هي لا تقتل، ولكن تحبس وتجبر على الإسلام، فإن ماتت في الحبس، أو لحقت كان مالها ميراثاً لورثتها ولا يرث زوجها منه شيئاً؛ لأن الفرقة وقعت بالردة إلا إذا ارتـــدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض حينئذ يرث منها؛ لأنها قصدت الفرار والزوج إذا ارتد وهو صحيح، فإنها ترث منه؛ لأنه يقتل فأشبه الطلاق في مرض الموت.

قوله: (وَنَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ضِعْفُ مَا يُؤْخَذُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ مِنْ الزَّكَاةِ) وهم قوم من نصارى العرب بقرب الروم طلب عمر رضي الله عنه منهم الجزية، فقالوا: نحن قوم لنا شوكة نأنف من ذل الجزية، فإن أردت أن تأخذ منا الجزية، فإنا نلحق بأعدائك بأرض الروم، وإن أردت أن تأخذ منا ضعف ما تأخذه من المسلمين فلك ذلك فصالحهم عمر رضي الله عنه على الصدقة والمضاعفة، وقال لهم: هذه جزية فسموها ما شـــئتم وكـــان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم وتوضع على موالي التغلبي الجزية وخراج الأرض.

وقال زفر: يضاعف عليهم لقوله عليه السلام: «مولى القوم منهم»[1]، ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمان الصدقة.

ولنا: أن أخذ مضاعفة الزكاة تخفيف؛ لأنه ليس فيه وصف الصغار، فالمولى فيه لا يلحق بالأصل، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً.

قوله: (وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَلاَ يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيَانِهِمْ شَيْءٌ)؛ لأن الصلح على الزكاة المضاعفة والزكاة تجب على النساء دون الصبيان، فكذا المضاعف.

وقـــال زفر: لا يؤخذ من نسائهم أيضاً؛ لأنه جزية في الحقيقة كما قال عمر رضي الله عـــنه هـــذه جزية فسموها ما شئتم، ولهذا تصرف مصارف الجزية، ولا جزية على النساء.

ولـــنا: أن هذا مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها، وفي أرض الصـــبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل منهم يعني العشر مضاعفاً في العشر والخراج

(1) تقدم تخريجه.

الواجب في الخراجية.

ثم على الصبي والمرأة إذا كانا من المسلمين العشر، فكذا يضعف عليهما إذا كانا من بني تغلب وإذا اشترى التغلبي أرض عشر، فعليه عشران عندهما.

وقال محمد: عشر واحد، فإن أسلم التغلبي، أو باعها من مسلم لم يتغير العشران عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: عشر واحد.

قوله: (وَمَا جَبَاهُ الإِمَامُ مِنْ الْخَرَاجِ وَمِنْ أَمْوَالِ نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الْحَرْبِ إِلَى الإِمَامِ وَالْجِزْيَةِ تُصْرَفُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ فَيُسَدُّ بِهِ الثُّغُورُ) الثغر موضع المخافة، وإمكان دخول العدو منه.

قوله: (وَتُبْنَى بِهِ الْقَنَاطِرُ وَالْجُسُورُ) وفائدة ذلك: أنه لا يخمس، ولا يقسم بين الغانمين.

قوله: (وَيُعْطَى قُضَاةُ الْمُسْلِمِينَ وَعُمَّالُهُمْ وَعُلَمَاؤُهُمْ مِنْهَا مَا يَكْفِيهِمْ وَيُدْفَعُ مِنْهُ أَرْزَاقُ الْمُقَاتِلَةِ وَذَرَارِيهِمْ)؛ لأنه مال معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب، فلم يتفرغوا إلى القتال.

قال في الذخيرة: إنما يقبل الإمام هدية أهل الحرب إذا غلب على الظن أن المشرك وقع عنده أن المسلمين يقاتلون لإعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز الدين لا لطلب الدنيا. أما من كان من المشركين يغلب الظن على أنه يظن أن المسلمين يقاتلون طمعاً لا تقبل هديته.

وقيل: إنما تقبل من شخص لا يطمع في إيمانه إذا ردت هديته. أما من يطمع في إيمانه إذا ردت هديته لا تقبل منه.

{مطلب في أحكام البغاة}

قوله: (وَإِذَا تَغَلَّبَ قَوْمٌ مِنْ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَلَدٍ وَخَرَجُوا عَنْ طَاعَةِ الإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلَى الْعَوْدِ إِلَى جَمَاعَتِهِمْ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ) يعني يسالهم عن سبب خروجهم إن كان لأجل ظلم أزاله عنهم، وإن لم يكن خروجهم لذلك، ولكنهم قالوا: الحق معنا، وادعوا الولاية فهم بغاة، وللسلطان أن يقاتلهم إذا كانت لهم شوكة وقوة، ويجب على الناس أن يعينوا السلطان، ويقاتلوهم معه لقوله تعالى: ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ

ٱللَّهِۚ ﴾[1]، أي حتى ترجع عن البغي إلى كتاب الله، والصلح الذي أمر الله به والبغي هو الاستطالة والعدول عن الحق، وعما عليه جماعة المسلمين.

قوله: (وَلاَ يَبْدَؤُهُمْ بِقِتَالٍ حَتَّى يَبْدَءُوهُ) هذا اختيار القدوري.

وذكر الإمام خواهر زاده: أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا؛ لأنه إذا انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع.

قوله: (فَإِنْ بَدَءُونَا قَاتَلْنَاهُمْ حَتَّى نُفَرِّقَ جَمْعَهُمْ) قال الله تعالى: ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ ﴾[2].

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ فِئَةٌ أُجْهِزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتُّبِعَ مُوَلِّيهِمْ) أي إذا كانت لهم فئة يلجئون إليها قتل مدبروهم إذا انهزموا وهربوا وأجهز على جريحهم، أي أسرع في قتله والإجهاز الإسراع ويقتل أسيرهم؛ لأن الواجب أن يقاتلوا حتى يزول بغيهم وإن رأى الإمام أن يخلي الأسير خلاه؛ لأن علياً رضي الله عنه كان إذا أخذ أسيراً استحلفه أن لا يعين عليه وخلاه.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِئَةٌ لَمْ يُجْهَزْ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلَمْ يُتْبَعْ مُوَلِّيهِمْ) لاندفاع شرهم بدون ذلك.

قوله: (وَلاَ تُسْبَى لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ وَلاَ يُقَسَّمُ لَهُمْ مَالٌ) لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل أسيرهم، ولا يكشف لهم ستر، ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب.

فقوله: «لا يكشف لهم ستر»: معناه لا يسبى لهم نساء.

وقوله: «في الأسير»: تأويله إذا لم يكن لهم فئة، فإذا كانت لهم يقتل الأسير إن شاء، وإن شاء حبسه.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ أَنْ يُقَاتَلُوا بِسِلاَحِهِمْ إِنْ احْتَاجَ الْمُسْلِمُونَ إِلَيْهِ) والكراع كذلك، فإذا وضعت الحرب أوزارها رد عليهم سلاحهم وكراعهم؛ لأن مالهم لا يملك بالغلبة، وإنما يمنعون منه حتى لا يستعينوا به على أهل العدل، فإذا زال بغيهم رد عليهم.

قوله: (وَيَحْبِسُ الإِمَامُ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ يَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ وَلاَ يُقَسِّمُهَا حَتَّى يَتُوبُوا فَيَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ) إلا أن الإمام يبيع الكراع ويحبس ثمنه؛ لأن ذلك أنظر وأيسر؛ لأن الكراع يحتاج إلى مؤنة، وقد تأتي على قيمته فكان بيعه أنفع لصاحبه، وما أصاب الخوارج من أهل

(1) سورة الحجرات: 9.
(2) سورة الحجرات: 9.

العـــدل، أو أصاب أهل العدل منهم من دم، أو جراحات، أو ما استهلكه أحد الفريقين علـــى صـــاحبه، فـــذلك كله هدر لا ضمان لأحد منهم على الآخر. وأما ما فعلوا قبل الخروج، أو بعد تفريق جمعهم أخذوا به؛ لأنهم من أهل دار الإسلام، ثم قتلى أهل العدل شـــهداء يصنع بهم ما يصنع بالشهداء يدفنون بدمائهم ولا يغسلون ويصلى عليهم. وأما قتلى أهل البغي، فلا يصلى عليهم ويدفنون.

قوله: (وَمَا جَبَاهُ أَهْلُ الْبَغْيِ مِنْ الْبِلاَدِ الَّتِي غَلَبُوا عَلَيْهَا مِنْ الْخَرَاجِ وَالْعُشْرِ لَمْ يَأْخُذْهُ الإِمَامُ ثَانِيًا) ظاهر هذا أنهم إذا لم يجيبوا، فللإمام العدل أن يطالبهم.

وفي المبســـوط: مـــن لم يؤد زكاته سنين في عسكر الخوارج، ثم تاب لم يؤخذ بها لعـــدم حماية الإمام؛ إذ لا يجري حكمه عليهم وعليه أن يؤدي زكاته فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الحق يلزمه لتقرر سببه، وكذا من أسلم في دار الحرب وعرف وجوب الزكاة، فلم يؤدها حتى خرج إلينا.

قوله: (فَإِنْ كَانُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ أَجْزَأَ مَنْ أَخَذَ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّـــهِ وَأَفْتَى أَهْلُهُ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يُعِيدُوا ذَلِكَ) قال في الهداية: لا إعادة علـــيهم في الخراج؛ لأنهم مقاتلة، فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء، وفي العشر إن كانوا فقراء كذلك؛ لأن العشر حق الفقراء، فيحمل كلام الشيخ على العشر، وإذا قتل رجل من أهـــل العدل باغياً، وهو وارثه فهو يرثه؛ لأنه قتل بحق، فلا يمنع الإرث وإن قتله الباغي. وقال: كنت على حق، وأنا الآن على حق أيضاً، فإنه يرثه، وإن قال: قتلته، وأنا أعلم أني على باطل لم يرثه وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يرث الباغي في الوجهين، والله أعلم.

كتاب الحظر والإباحة

الحظر: هو المنع، والحبس، قال الله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ عَطَآءُ رَبِّكَ مَحْظُورًا ﴾ [1]، أي ما كان رزق ربك محبوساً من البر والفاجر.

وهو هنا عبارة عما منع من استعماله شرعاً.

والمحظور ضد المباح.

والمباح: ما خير المكلف بين فعله وتركه من غير استحقاق ثواب ولا عقاب.

وصاحب الهداية لقب هذا الباب بكتاب الكراهية، ثم قال: وتكلموا في معنى المكروه.

والمروي عن محمد[2]: أن كل مكروه حرام إلا أنه ما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه إلى الحرام أقرب.

{مطلب في لبس الحرير}

قوله رحمه الله: (لاَ يَحِلُّ لِلرِّجَالِ لُبْسُ الْحَرِيرِ) لقوله عليه السلام: «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[3]، وكذا لا يجوز للرجال لبس المعصفر، والمزعفر، والمصبوغ بالورس أشار إلى ذلك الكرخي في باب الكفن.

قوله: (وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ) لقوله عليه السلام: «أحل الحرير والذهب لإناث أمتي وحرم على ذكورها»[4].

وقد قال أبو حنيفة: لا بأس بالعلم في الثوب إذا كان قدر ثلاث أصابع، أو أربع يعني مضمومة.

قوله: (لاَ بَأْسَ بِتَوَسُّدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وكذا افتراشه والنوم عليه والجلوس عليه،

---

(1) سورة الإسراء: 20.

(2) كل مكروه كراهة تحريم كالحرام عند محمد في باب الحظر والإباحة، وعندهما (أبي حنيفة وأبي يوسف) إلى الحرام أقرب.

انظر: الدرر المباحة في الحظر والإباحة (ص 7-8).

(3) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده (4879، 25264) بلفظ:«إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لاَ خَلاَقَ لَهُ».

(4) أخرجه النسائي في سننه فس كتاب الزينة (باب: تحريم الذهب على الرجال)، و(باب: تحريم لبس الذهب).

وكذا إذا جعل وسادة، وهي المخدة؛ لأن الجلوس عليه استخفاف به.

قوله: (**وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُكْرَهُ تَوَسُّدُهُ**)؛ لأنه من زي الجبابرة والأكاسرة والتشبه بهم حرام.

قال عمر رضي الله عنه: إياكم وزي الأعاجم.

وعند سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال؛ لأن أتكئ على جمر الغضى أحب إلي من أن أتكئ على الحرير؛ ولأن لبسه لا يجوز، فكذا الجلوس عليه.

ولأبي حنيفة: أن النبي صلى الله عليه وسلم: «جلس على مرفقة حرير»[1].

وروي أن أنساً رضي الله عنه: «حضر وليمة، فجلس على وسادة حرير»[2].

وفي الخجندي: قول أبي يوسف مع أبي حنيفة. ولو جعله ستراً ذكر في العيون أنه لا يكره بالإجماع.

وفي الهداية: على الاختلاف.

قوله: (**وَلاَ بَأْسَ بِلُبْسِ الدِّيبَاجِ عِنْدَهُمَا فِي الْحَرْبِ وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) اعلم أن لبس الحرير والديباج يكره في الحرب عند أبي حنيفة إذا كان مصمتاً؛ لأن النبي عليه السلام: «نهى الرجال عن لبسه ولم يفصل»؛ ولأنه يمكن أن يقوم غيره مقامه في الحرب، فلا تدعو الحاجة إليه، وعندهما: لا يكره؛ لأن فيه ضرورة؛ لأن الخالص منه أدفع لمضرة السلاح؛ وأهيب في عين العدو.

وقلنا: الضرورة تندفع بالمخلوط، وهو الذي لحمته حرير وسداه غير حرير، والمخلوط لا يكره لبسه إجماعاً ذكره الخجندي.

قوله: (**وَلاَ بَأْسَ بِلُبْسِ الْمُلْحَمِ الْحَرِيرِ إِذَا كَانَ سُدَاهُ إِبْرَيْسَمًا وَلُحْمَتُهُ قُطْنًا أَوْ خَزًّا**) يعني في الحرب وغيره. وأما إذا كان لحمته حريراً وسداه غير حرير لا يحل لبسه في غير الحرب، ولا بأس به في الحرب إجماعاً. وأما ما كانت لحمته وسداه كلاهما من حرير لم يجز لبسه عند أبي حنيفة لا في الحرب، ولا في غيره، وعندهما: يجوز في الحرب. وهذا إذا كان صفيقاً يحصل به اتقاء العدو في الحرب. أما إذا كان رقيقاً لا يحصل به الاتقاء لا يحل لبسه بالإجماع لعدم الفائدة.

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (299/4): روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «جلس على مرفقة حرير»، قلت: غريب جداً.

(2) ولم أجده في الكتب المعتبرة، ولكن ذكر في البدائع الصنائع 312/4.

{مطلب في التحلي بالذهب والفضة}

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) وكذا اللؤلؤ؛ لأنه من حلي النساء.

قوله: (إِلاَّ الْخَاتَمَ) يعني من الفضة لا غير. أما الذهب، فلا يجوز للرجال التختم به، ثم الخاتم من الفضة، إنما يباح للرجل إذا ضرب على صفة ما يلبسه الرجال. أما إذا كان على صفة خواتم النساء، فمكروه.

قال في الذخيرة: وينبغي أن يكون قدر فضة الخاتم مثقالاً، ولا يزاد عليه.

وقيل: لا يبلغ به المثقال، ولو اتخذ خاتماً من فضة وفصه من عقيق، أو ياقوت، أو زبرجد، أو فيروزج، أو نقش عليه اسمه، أو أسماء من أسماء الله تعالى لا بأس به.

وفي الجامع الصغير: لا يتختم إلا بالفضة، وهذا نص على أن التختم بالصفر، والحجر حرام. وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «رأى على رجل خاتماً من صفر، فقال: ما لي أجد منك رائحة الأصنام، ورأى على آخر خاتماً من حديد، فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار»[1].

وفي الخجندي: التختم بالحديد، والصفر، والنحاس، والرصاص، مكروه للرجال والنساء؛ لأنه زي أهل النار. وأما العقيق ففي التختم به اختلاف المشايخ، وصحح في الوجيز: أنه لا يجوز.

وقال قاضيخان: الصحيح أنه يجوز.

ويستحب أن يجعل فص الخاتم إلى باطن كفه بخلاف النساء؛ لأنه تزين في حقهن، وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجتهما إلى الختم، وأما غيرهما فالأفضل له تركه لعدم الحاجة إليه، كذا في الهداية.

قال في الينابيع: وينبغي أن يتختم في خنصره اليسرى لا في اليمين، ثم الحلقة في الخاتم هي المعتبرة؛ لأن قوام الخاتم بها، ولا معتبر بالفص، حتى أنه يجوز أن يكون حجراً، أو غيره.

قوله: (إِلاَّ الْخَاتَمَ وَالْمِنْطَقَةَ وَحِلْيَةَ السَّيْفِ مِنْ الْفِضَّةِ) فإن ذلك لا يكره بالإجماع.

---

(1) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده (21956) بلفظ: «رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم في يد رجل خاتماً من ذهب، فقال: ما لك ولحلي أهل الجنة، قال: فجاء وقد لبس خاتماً من صفر، فقال: أجد منك ريح أهل الأصنام، قال: فمم أتخذه يا رسول الله؟ قال: من فضة».

قوله: (وَيَجُوزُ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِلنِّسَاءِ) إنما قيد بالتحلي؛ لأنهن في استعمال آنية الذهب والفضة والأكل فيها والادهان منها كالرجال.

قوله: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الصَّبِيُّ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَالْحَرِيرَ) قال الخجندي: والإثم على من ألبسه ذلك؛ لأنه لما حرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه؛ ولأنهم يمنعون من ذلك لئلا يألفوه كما يمنعون من شرب الخمر وسائر المعاصي. ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتعليمهم الصلاة وضربهم على تركها لكي يألفوها ويعتادوها.

قال في العيون: ويكره للإنسان أن يخضب يديه ورجليه بالحناء، وكذلك الصبي ولا بأس به للنساء، وأما خضب الشيب بالحناء، فلا بأس به للرجال والنساء، ويكره تغيير الشيب بالسواد.

{مطلب في استعمال أواني الذهب والفضة}

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ الأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالادِّهَانُ وَالتَّطَيُّبُ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ)؛ لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك، وكذا لا يجوز الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك المكحلة والمبخرة والمرآة وغير ذلك. وأما الآنية من غير الذهب والفضة، فلا بأس بالأكل والشرب فيها والادهان والتطيب منها والانتفاع بها للرجال والنساء كالحديد والصفر والنحاس والرصاص والخشب والطين.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ بِاسْتِعْمَالِ آنِيَةِ الزُّجَاجِ وَالرَّصَاصِ وَالْبَلُّورِ وَالْعَقِيقِ) وكذا الياقوت.

قوله: (وَيَجُوزُ الشُّرْبُ فِي الإِنَاءِ الْمُفَضَّضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالرُّكُوبُ عَلَى السَّرْجِ الْمُفَضَّضِ وَالْجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ الْمُفَضَّضِ) هذا إذا كان يتقي موضع الفضة، أي يتقي موضع الفم.

وقيل: موضع الفم وموضع اليد أيضاً في الأخذ، وفي السرير والسرج موضع الجلوس.

وقال أبو يوسف: يكره ذلك، وقول محمد يروى مع أبي حنيفة، ويروى مع أبي يوسف.

وعلى هذا الخلاف: الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما، وكذا إذا فعل ذلك في السقف والمسجد وحلقة المرآة، وجعله على المصحف واللجام وكذا

الكتابة بالذهب والفضة على الثوب على هذا الخلاف. والخلاف على ما تخلص، أما التمويه لا بأس به إجماعاً.

{مطلب في تعشير المصحف ونقطه ونقش المسجد وزخرفته}

قوله: (وَيُكْرَهُ التَّعْشِيرُ فِي الْمُصْحَفِ) وهو التعليم والفصل بين كل عشر آيات بعلامة، يقال: إن في القرآن ستمائة عاشرة وثلاثاً وعشرين عاشرة.

قوله: (وَالنَّقْطُ) إنما كان النقط مكروهاً فيما تقدم؛ لأنهم كانوا عرباً صريحاً لا يعتريهم اللحن والتصحيف. أما الآن فقد اختلطت العجم بالعرب، فالنقط والشكل مستحب؛ لأن ترك ذلك إخلال بالحفظ.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ بِتَحْلِيَةِ الْمُصْحَفِ وَنَقْشِ الْمَسْجِدِ وَالزَّخْرَفَةِ بِمَاءِ الذَّهَبِ)؛ لأن المقصود بذلك التعظيم والتشريف، ويكره فعل ذلك على طريق الرياء وزينة الدنيا.

وفي الخجندي: لا بأس به إذا كان من غير غلة وقف المسجد. أما إذا كان من غلة وقف المسجد لم يجز ويضمن المتولي ذلك.

{مطلب في خصاء الآدمي والبهائم}

قوله: (وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الْخِصْيَانِ)؛ لأن الرغبة في استخدامهم حث للناس على هذا الطبع، وهو مثلة محرمة.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ بِخِصَاءِ الْبَهَائِمِ)؛ لأنه يفعل للنفع؛ لأن الدابة تسمن، ويطيب لحمها بذلك.

قوله: (وَإِنْزَاءُ الْحَمِيرِ عَلَى الْخَيْلِ)؛ لأن النبي عليه السلام: «كان يركب البغلة ويتخذها»[1]، فلو كان هذا الفعل مكروهاً لما اتخذها ولا ركبها، والذي روي أنه عليه السلام كره ذلك لبني هاشم؛ فلأن الخيل كانت عندهم قليلة، فأحب تكثيرها.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَ فِي الْهَدِيَّةِ وَالإِذْنِ قَوْلَ الْعَبْدِ وَالْجَارِيَةِ وَالصَّبِيِّ) وهذا إذا غلب على رأيه صدقهم وثقتهم. أما إذا لم يغلب على ظنه ذلك لم يسعه قبوله منهم.

قال في المبسوط: إذا أتى صغير بفلوس إلى سوق ليشتري بها شيئاً منه، وأخبر أن

(1) أخرجه علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كنز العمال 704/12 رقم الحديث: 35547 بلفظ: «عن بريدة قال: أهدى أمير القبط إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغلة شهباء وجاريتين، فكان يركب البغلة، ووهب إحدى الجاريتين لحسان بن ثابت، وتسر الأخرى، فولدت له ابن النبي صلى الله عليه وسلم»

أمـــه أمرته بذلك، فإن طلب الصابون، أو الأشنان، أو نحو ذلك، فلا بأس أن يبيعه، وإن طلـــب الـــزبيب، أو الحلوى، أو ما يأكله الصبيان ينبغي أن لا يبيعه منه؛ لأن الظاهر أنه كاذب، وقد عثر على فلوس أمه فأخذها ليشتري بها حاجة نفسه.

قـــال في الجامع الصغير: إذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها؛ لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى نفسها، أو غيرها.

{مطلب فيمن يقبل خبره ومن لا يقبل}

قوله: (وَيَقْبَلُ فِي الْمُعَامَلاَتِ قَوْلَ الْفَاسِقِ) مثل الوكالات والمضاربات والإذن في التجارات. وهذا إذا غلب على الرأي صدقه. أما إذا غلب عليه كذبه، فلا يعمل عليه.

قوله: (وَلاَ يَقْبَلُ فِي أَخْبَارِ الدِّيَانَاتِ إِلاَّ الْعَدْلَ) ويقبل فيها قول الحر والعبد والأمة إذا كانـــوا عـــدولاً. ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء، حتى إذا أخبره مسلم مرضي بنجاســـة الماء لم يتوضأ به، ويتيمم وإن كان المخبر فاسقاً تحرى، فإن كان أكثر رأيه أنه صـــادق يتيمم ولا يتوضأ به، وإن أراق الماء وتيمم كان أحوط، وإن كان أكثر رأيه أنه كاذب يتوضأ به، ولا يتيمم. وهذا جواب الحكم. أما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء.

{مطلب في نظر الرجل إلى المرأة ونظر المرأة إلى الرجل والمرأة}

قـــوله: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ مِنْ الأَجْنَبِيَّةِ إِلاَّ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا)؛ لأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وإعطاء. وقد يضطر إلى كشـــف وجهها للشهادة لها وعليها عند الحاكم، فرخص لها فيه. وفي كلام الشيخ: دلالة على أنه لا يباح له النظر إلى قدمها.

وروى الحســـن عن أبي حنيفة: أنه يباح ذلك؛ لأن المرأة تضطر إلى المشي، فيبدو قدمها، فصار كالكف؛ ولأن الوجه يشتهى والقدم لا يشتهى، فإذا جاز النظر إلى وجهها فقدمها أولى.

قلـــنا: الضرورة لا تتحقق في كشف القدم؛ إذ المرأة تمشي في الجوربين والخفين، فتستغني عن إظهار القدمين، فلا يجوز النظر إليهما.

قـــوله: (فَـــإِنْ كَانَ لاَ يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ لاَ يَنْظُرُ إِلَى وَجْهِهَا إِلاَّ لِحَاجَةٍ) لقوله عليه الســـلام: «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية بشهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة»[1]،

(1) قـــال الزيلعي في نصب الراية (308/4): قال عليه السلام: «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة».

=

الآنك هو الرصاص.

وقوله: «إلا لحاجة»: هو أن يريد الشهادة عليها، فيجوز له النظر إلى وجهها، وإن خاف الشهوة؛ لأنه مضطر إليه في إقامة الشهادة أصله شهود الزنا الذين لا بد من نظرهم إلى العورة إذا أرادوا إقامة الشهادة، ولا يحل له أن يمس وجهها، ولا كفيها وإن كان يأمن الشهوة لقيام المحرم، وانعدام الضرورة بخلاف النظر؛ لأن فيه ضرورة والمحرم، قوله عليه السلام: «من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة»[1]؛ ولأن اللمس أغلظ من النظر؛ ولأن الشهوة فيه أكثر، وهذا إذا كانت شابة تشتهى. أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى لا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة.

وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يصافح العجائز، وعبد الله بن الزبير استأجر عجوزاً لتمرضه، فكانت تغمز رجليه، وتفلي رأسه.

وروي أن امرأة مدت يدها إلى إبراهيم النخعي لتصافحه، فقال لها: اكشفي عن وجهك، فكشفته، فإذا هي عجوز فصافحها، وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها. أما إذا كان لا يأمن لا يحل له مصافحتها، وإن عطست امرأة إن كانت عجوزاً شمتها وإلا فلا، وكذا رد السلام عليها على هذا.

قوله: (وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي إِذَا أَرَادَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهَا وَلِلشَّاهِدِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهَا أَنْ يَنْظُرَ إِلَى وَجْهِهَا وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة والحكم عليها، لا قضاء الشهوة. وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى، قيل: مباح كما في حالة الأداء، والأصح أنه لا يباح؛ لأنه يوجد من لا يشتهي يشهد، فلا ضرورة.

ومن أراد أن يتزوج امرأة، فلا بأس أن ينظر إليها، وإن علم أنه يشتهي؛ لأن المقصود إقامة السنة لا قضاء الشهوة.

=

قلت: غريب، والمعروف: «من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنه الآنك يوم القيامة». أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب التعبير (باب: من كذب في حلمه).

(1) قال الزيلعي في نصب الراية (309/4): قال عليه السلام : «من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة». قلت: غريب.

وروي أن أبا بكر كان يصافح العجائز، قلت: غريب أيضاً.

روي أن عبد الله بن الزبير استأجر عجوزاً لتمرضه، وكانت تغمز رجله، وتفلي رأسه. قلت: غريب أيضاً.

قوله: (وَيَجُوزُ لِلطَّبِيبِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَوْضِعِ الْمَرَضِ مِنْهَا) أما إذا كان المرض في سائر بدنها غير الفرج، فإنه يجوز له النظر إليه عند الدواء؛ لأنه موضع ضرورة، وإن كان في موضع الفرج، فينبغي أن يعلم امرأة تداويها، فإن لم توجد امرأة تداويها وخافوا عليها أن تهلك، أو يصيبها بلاء، أو وجع لا يحتمل ستروا منها كل شيء إلا الموضع الذي فيه العلة، ثم يداويها الرجل ويغض بصره ما استطاع إلا من موضع الجرح، وكذلك نظر القابلة والختان على هذا.

قوله: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ الرَّجُلِ جَمِيعَ بَدَنِهِ إِلاَّ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه: «لا تنظر إلى فخذ حي ولا ميت»[1]، وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس فيه.

قوله: (وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ مِنْ الرَّجُلِ إِلَى مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَيْهِ مِنْ الرَّجُلِ إِذَا أَمِنَتْ الشَّهْوَةَ) وذكر في الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ

قوله: (وَتَنْظُرُ الْمَرْأَةُ مِنْ الْمَرْأَةِ إِلَى مَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ الرَّجُلِ) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً.

قوله: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ وَمِنْ زَوْجَتِهِ إِلَى فَرْجِهَا)؛ لأنه يباح له وطؤها والاستمتاع بها وهو فوق النظر؛ فلأن يجوز النظر أولى.

قال في الينابيع: يباح للرجل أن ينظر إلى فرج امرأته ومملوكته وفرج نفسه إلا أنه ليس من الأدب، ولهذا قالوا: إن الأولى أن لا ينظر كل واحد من الزوجين إلى عورة صاحبه، وكان عمر رضي الله عنه يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل الشهوة واللذة كذا في الهداية.

وقال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة أيمس الرجل فرج امرأته وتمس هي فرجه ليتحرك عليه، قال: لا بأس بذلك وإذا زوج الرجل أمته حرم عليه النظر إلى ما بين سرتها وركبتها ومسها بشهوة، ولا بأس أن يستمتع بامرأته الحائض والنفساء بما دون الفرج، وكذلك الأمة، وهذا قول محمد، وعندهما: إنما يجوز له ذلك بما عدا ما بين السرة إلى الركبة.

قوله: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَى الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ

---

(1) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الحمام (باب: النهي عن التعري)، وابن ماجه في سننه في كتاب ما جاء في الجنائز (باب: ما جاء في غسل الميت).

وَالْعَضُدَيْنِ) والمحارم من لا يجوز له مناكحتهن على التأبيد بنسب، أو سبب مثل الرضاع، والمصاهرة سواء كانت المصاهرة بنكاح، أو سفاح في الأصح، كذا في الهداية.

قوله: (وَلاَ يَنْظُرُ إِلَى ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا)؛ لأنهما يحلان محل الفرج بدليل أنه إذا شبه امرأته بظهر أمه كان مظاهراً، فلولا أن النظر إليه حرام لما وقع التحريم بالتشبيه، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنت علي كرأس أمي لم يقع به التحريم، وإذا ثبت بهذا تحريم النظر إلى الظهر، فالبطن أولى؛ لأن البطن تشتهى ما لا يشتهى الظهر، فكان أولى بالتحريم.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَمَسَّ مَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا) إذا أمن على نفسه الشهوة، فإن لم يأمن الشهوة لم يجز له ذلك، ولا بأس بالخلوة معهن والمسافرة بهن.

قوله: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ مَمْلُوكَةِ غَيْرِهِ إِلَى مَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ) والمدبرة والمكاتبة وأم الولد في جميع ذلك كالأمة القن، والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة، وعندهما: كالحرة والمديونة. وأما الخلوة بالأمة، ومن في معناها والمسافرة بهن، فقد قيل: يجوز كما في المحارم، وقيل: لا يباح لعدم الضرورة.

وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن، وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة.

قوله: (وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) يعني ما سوى البطن والظهر مما يجوز له النظر إليه منها.

وفي الهداية: قال مشايخنا: يباح النظر في هذه الحالة، وإن اشتهى لأجل الضرورة، ولا يباح المس إذا اشتهى، أو كان أكبر رأيه ذلك؛ لأنه نوع استمتاع.

قوله: (وَالْخَصِيُّ فِي النَّظَرِ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ كَالْفَحْلِ) لقول عائشة رضي الله عنها الخصي مثله، فلا يبيح ما كان حراماً قبله؛ ولأنه فحل يجامع وكذلك المجبوب؛ لأنه يساحق وينزل، وكذا المخنث؛ لأنه رجل فاسق.

قوله: (وَلاَ يَجُوزُ لِلْمَمْلُوكِ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ سَيِّدَتِهِ إِلاَّ إِلَى مَا يَجُوزُ لِلأَجْنَبِيِّ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنْهَا)؛ لأنه فحل غير محرم ولا زوج، والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة، ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل، أو يده، أو شيئاً منه.

وقال السرخسي: رخص بعض المتأخرين في تقبيل يد العالم والمتورع على سبيل التبرك.

وقال سفيان: تقبيل يد العالم سنة.

قال الفقيه أبو الليث: القبلة على خمسة أوجه:

1 - قبلة تحية، وهو أن يقبل بعضنا بعضاً على اليد.

2- وقبلة رحمة، وهي قبلة الوالدين ولدهما على الخد.

3- وقبلة شفقة، وهي تقبيل الولد والديه على رؤوسهما.

4- وقبلة مودة، وهي تقبيل الأخ أخاه على الجبهة.

5- وقبلة شهوة، وهو تقبيل الزوجة والأمة على الفم.

وزاد بعضهم قبلة ديانة، وهو تقبيل الحجر الأسود.

قوله: (وَيَعْزِلُ عَنْ أَمَته بِغَيْرِ إِذْنِهَا)؛ لأن الأمة لا حق لها في الوطء على مولاها.

قوله: (وَلاَ يَعْزِلُ عَنْ زَوْجَتِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهَا) هذا إذا كانت حرة. أما إذا كانت أمة، فالإذن في ذلك إلى مولاها عندهما.

وقال أبو يوسف: إلى الأمة؛ لأن الاستمتاع بالوطء يحصل لها، والعزل نقص فيه، فوجب اعتبار إذنها كالحرة.

ولهما: أن المولى أحق بإمساك ولدها وببذل وطئها.

{مطلب في الاحتكار وأحكامه والتسعير}

قوله: (وَيُكْرَهُ الاحْتِكَارُ فِي أَقْوَاتِ الآدَمِيِّينَ وَالْبَهَائِمِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي بَلَدٍ يَضُرُّ الاحْتِكَارُ بِأَهْلِهِ) لقوله عليه السلام: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[1]. فأما إذا كان في موضع لا يضر بأهله بأن كان مصراً كبيراً، فلا بأس به؛ لأنه حابس لملكه من غير إضرار بغيره، وكذا التلقي على هذا التفصيل، وخص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والقت والتبن والحشيش، وهو قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: كل ما أضر بالعامة حبسه، فهو احتكار، وإن كان ذهباً، أو ثياباً.

وعن محمد: أنه قال: لا احتكار في الثياب.

وصفة الاحتكار المكروه: أن يشتري الطعام من السوق، أو من قرب ذلك المصر الذي يجلب طعامه إلى المصر في حال عوزه، ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً. وإذا طالت كان احتكاراً. ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله عليه السلام: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة، فقد برئ من الله، وبرئ الله منه»[2].

---

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب التجارات (باب: الحكرة والجلب)، والدارمي في سننه في كتاب البيوع (باب: في النهي عن الاحتكار).

(2) قال الزيلعي في نصب الراية (329/4): قال عليه السلام» :من احتكر طعاماً أربعين ليلة، فقد برئ من الله، وبرئ الله منه». قلت: رواه أحمد، وابن أبي شيبة، والبزار، وأبو يعلى الموصلي في

=

وقيل بالشهر؛ لأن ما دونه قليل عاجل، وما فوقه كثير آجل.

والحاصل: أن التجارة في الطعام غير محمودة.

قوله: (وَمَنْ احْتَكَرَ غَلَّةَ ضَيْعَتِهِ أَوْ مَا جَلَبَهُ مِنْ بَلَدٍ آخَرَ فَلَيْسَ بِمُحْتَكِرٍ) أما إذا احتكر غلة ضيعته؛ فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة. ألا ترى أن له أن لا يزرعها، فكذلك له أن لا يبيع. وأما ما جلبه من موضع آخر، فالمذكور قول أبي حنيفة؛ لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع من المصر وجلب إلى فنائها.

وقال أبو يوسف: يكره لإطلاق الحديث، وهو قوله عليه السلام: «المحتكر ملعون»[1].

قوله: (وَلاَ يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ) لما روي أن السعر غلا في المدينة، فقالوا يا رسول الله، لو سعرت؟ فقال: «إن الله تعالى هو المسعر القابض الباسط الرازق»[2]؛ ولأن الثمن حق العاقد، فإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة، وإذا وقع الضرر بأهل البلد، واضطروا إلى الطعام ورفعوا أمرهم إلى القاضي أمر المحتكر أن يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك، وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه، وعزره على ما يرى زجراً له، ودفعاً للضرر عن الناس.

قال محمد: أجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا، ولا أسعر. وأقول لهم: بيعوا كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها، ولا أقول لهم: بيعوا بأكثر منها، وإذا خاف الإمام على أهل البلد الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين، وفرقه عليهم، فإذا وجدوا سعة ردوا مثله، وهذا ليس بحجر، إنما هو للضرورة من اضطر إلى مال غيره، وخاف الهلاك جاز له تناوله بغير رضاه.

قوله: (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلاَحِ فِي أَيَّامِ الْفِتْنَةِ) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة كالخوارج والبغاة؛ لأن في ذلك معونة علينا، وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة، فلا

=

«مسانيدهم» والحاكم في «المستدرك» والدارقطني في «غرائب مالك» والطبراني في «معجمه الأوسط» وأبو نعيم في «الحلية» كلهم من حديث أصبغ بن زيد.

(1) تقدم تخريجه.

(2) أخرجه الترمذي في سننه في كتاب البيوع عن رسول الله (باب: ما جاء في التسعير)، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع (باب: في التسعير)، وابن ماجه في سننه في كتاب التجارات (باب: من كره أن يسعر).

بأس بذلك.

قــوله: (وَلاَ بَأْسَ بِبَيْعِ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا) يعني لا بأس ببيعه من المجوس وأهل الذمة؛ لأن المعصية لا تقام بعين العصير، بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة؛ لأن المعصية تقع بعينه. ولو كان لمسلم على ذمي دين، فباع الذمي خمراً، وقضى دينه للمسلم من ثمنها جاز للمسلم أخذه؛ لأن بيعه لها مباح. ولو كان الدين لمسلم على مسلم، فباع المسلم خمراً وقضاه من ثمنها لم يجز له أخذه؛ لأن بيع المسلم للخمر لا يجوز، فيكون الثمن حراماً، والله أعلم.

كتاب الوصايا[1]

الوصية محثوث عليها، مرغب فيها، غير مفروضة ولا واجبة، لكنها مشروعة بالكتاب، والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾[2].

وأما السنة: فما روي «أن سعد بن أبي وقاص قال مرضت مرضاً أشرفت فيه على الموت، فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت: يا رسول الله، إن مالي كثير وليس يرثني، إلا بنت واحدة أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: أفبنصفه؟ قال: لا، قلت: أفبثلثه؟ قال: نعم، والثلث كثير، إنك يا سعد أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس أو يمدون أكفهم»[3]، في المسألة للناس؛ ولأن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له الموت، وخاف البيان يحتاج إلى تلافي تقصيره بماله.

قوله رحمه الله: (الْوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ)؛ لأنها إثبات حق في مال بعقد كالهبة والعارية.

قوله: (وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ) أي للأجنبي دون الوارث، ثم الدين يقدم عليها،

---

(1) الوصية: اسم بمعنى الإيصاء من أوصى يوصي إيصاء. الوصية والوصاية اسمان بمعنى المصدر. (الحدود والأحكام الفقهية ص 122).

الوصية هي أن يوجب إنسان في حياته تبرعاً من ماله لغيره بعد وفاته.

فالموجِب صاحب المال: مُوصٍ. والطرف الآخر: موصى له. والمال المخصص لذلك: موصى به أو وصية.

فالوصية تبرع من الإنسان في حياته مضاف حكمه إلى ما بعد مماته، وهو الوقت الذي تتعلق فيه حقوق الورثة بالتركة.

فالشرع الإسلامي قد أطلق للإنسان هذا الحق في حدود ثلث ماله تشجيعاً على عمل الخير في سبيل البر بجزء من ماله، حفظاً لحقوق الورثة في الباقي.

فإذا تجاوزت الوصية قدر الثلث نفذت في الثلث، وتوقفت الزيادة فقط على إجازة الورثة: فإن أجازوها نفذت؛ وإلا بطلت الزيادة وضمت إلى ميراثهم.

(2) سورة النساء: 11.

(3) روي بألفاظ مختلفة في صحيح البخاري في كتاب الجنائز والوصايا والمغازي والدعوات والمناقب والنفقات والمرضى والفرائض، وفي صحيح مسلم في كتاب الوصايا، وسنن الترمذي في كتاب الوصايا عن رسول الله، وسنن النسائي في كتاب الوصايا، وسنن أبي داود في كتاب الوصايا، وسنن ابن ماجه في كتاب الوصايا، والموطأ في كتاب الأقضية وسنن الدارمي في كتاب الوصايا، ومسند أحمد بن حنبل في الأرقام الآتية: 1363، 1406، 1442، 1464.

وعلى الميراث؛ لأن الدين واجب، والوصية تبرع، والواجب مقدم على التبرع، ثم هما مقدمان على الميراث؛ لأن الله تعالى أثبت الميراث بعدهما بقوله: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾[1].

فإن قيل: الله تعالى ذكر الوصية قبل الدين، فكيف يكون الدين مقدماً عليها؟

قيل: إن كلمة «أو» لا توجب الترتيب، ولكنها توجب تأخير قسمة الميراث في هذه الآية عن أحدهما إذا انفرد، وعن كل واحد منهما إذا اجتمعا.

فإن قيل: هل الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها أصلاً؟

قيل: إن كان الورثة فقراء، ولا يستغنون بما يرثونه، فتركها أولى، وإن كانوا أغنياء، أو يستغنون بنصيبهم، فالوصية أولى.

وقيل: هو في هذا الوجه مخير، وسئل أبو يوسف عن رجل يريد أن يوصي، وله ورثة صغار، قال: يتركه لورثته، فهو أفضل.

وعن أبي بكر وعمر وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا؛ لأن يوصي بالربع أحب إلينا من أن يوصي بالثلث؛ ولأن يوصي بالخمس أحب إلينا من أن يوصي بالربع.

قوله: (وَلاَ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ) لقوله عليه السلام: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»[2]؛ ولأنه حيف، وقد قال عليه السلام: «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»[3]. وفسروه بالوصية للوارث وبالزيادة على الثلث، ويعتبر كونه وارثاً عند الموت، لا وقت الوصية، فمن كان وارثاً وقت الوصية غير وارث وقت الموت صحت له الوصية، ومن كان غير وارث وقت الوصية، ثم صار وارثاً وقت الموت لم تصح له الوصية مثاله إذا أوصى لزوجته، ثم طلقها وبانت عند الموت صحت الوصية لها.

---

(1) سورة النساء: 11.

(2) أخرجه النسائي في سننه في كتاب الوصايا (باب: إبطال الوصية للوارث)، وأبو داود في سننه في كتاب الوصايا (باب: ما جاء في الوصية للوارث)، وابن ماجه في سننه في كتاب الوصايا (باب: لا وصية لوارث)، وأحمد بن حنبل في مسنده (21263).

(3) قال ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (289/2): قوله: وقد جاءت في الحديث: «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر» وفسروه بالزيادة على الثلث، وبالوصية للوارث. وأما الحديث: فأخرجه الطبرني في التفسير من حديث ابن عباس موقوفاً بلفظ: «الحيف في الوصية من الكبائر»، وفي لفظ له: «الإضرار» بدل «الحيف». وأخرجه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق كذلك، وكذا النسائي والدارقطني والبيهقي، وأخرجه الدارقطني، والعقيلي، والبيهقي مرفوعاً، وفيه عمر بن المغيرة المصيصي، وهو ضعيف.

ولو أوصى لأجنبية، ثم تزوجها ومات وهي في نكاحه لا تصح الوصية لها.

والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية؛ لأنها وصية حكماً حتى أنها تنفذ من الثلث، وإقرار المريض على عكس هذا؛ لأنه تصرف في حال، فيعتبر ذلك وقت الإقرار

قوله: (إِلاَّ أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرَثَةُ) يعني بعد موته وهم أصحاء بالغون؛ لأن الامتناع لحقهم، فيجوز بإجازتهم، وإن أوصى لأجنبي ولوارثه، فللأجنبي نصف الوصية، وتبطل وصية الوارث، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي.

قوله: (وَلاَ تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلاَّ أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرَثَةُ) يعني بعد موته وهم أصحاء بالغون، فإن أجازه بعضهم ولم يجزه بعضهم جاز على المجيز بقدر حصته، ويبطل في حق الراد. ومعناه أنه يجعل في حق الذي أجاز كأنهم كلهم أجازوا، وفي حق الذي لم يجز كأنهم كلهم لم يجيزوا بيانه إذا ترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله، فإن أجازت الورثة، فالمال بينهم أرباعاً للموصى له ربعان وهو النصف، وللابنين ربعان وهو النصف، وإن لم يجيزوا فللموصى له الثلث، وللابنين الثلثان، وإن أجاز أحدهما دون الآخر يجعل في حق الذي أجاز كأنهم كلهم أجازوا، ويعطى للمجيز ربع المال، وفي حق الذي لم يجز كأنهم كلهم لم يجيزوا، ويعطى له ثلث المال، ويكون الباقي للموصى له، فيجعل المال على اثني عشر لحاجتنا إلى الثلث والربع فالربع للذي أجاز وهو ثلاثة والثلث للذي لم يجز وهو أربعة، ويبقى خمسة للموصى له.

قال في الهداية: ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته؛ لأنها قبل ثبوت الحق؛ إذ الحق يثبت عند الموت، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما إذا أجازوها بعد الموت؛ لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عليه؛ لأن الساقط متلاش. وكل ما جاز بإجازة الوارث، فإنه يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا؛ لأن السبب صدر من الموصي، والإجازة رفع المانع، وليس من شرطه القبض، وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الرهن.

قال في شرحه: في قوله: «ولا تجوز بما زاد على الثلث»: يعني إذا كان هناك وارث يجوز أن يستحق جميع الميراث. أما إذا كان لا يستحق جميع المال كالزوج والزوجة، فإنه يجوز أن يوصي بما زاد على الثلث، ولا يمنع من ذلك استحقاقهما ما يرثانه؛ لأنهما يستحقان سهما من الميراث لا يزاد عليه بحال، فما زاد على ذلك، فهو مال المريض لا حق فيه لأحد، فجاز أن يوصي به. فعلى هذا قال محمد: إذا تركت المرأة زوجاً، ولم تترك وارثاً غيره، وأوصت لأجنبي بنصف مالها، فالوصية جائزة، ويكون للزوج ثلث المال، وللموصى له النصف، ويبقى السدس لبيت المال، وإنما كان للزوج الثلث؛ لأنه لا

يستحق الميراث إلا بعد إخراج الوصية، فيحتاج إلى أن يخرج الثلث أولاً للموصى له؛ لأنه يستحقه بكل حال، فيبقى الثلثان يستحق الزوج نصفه ميراثاً، ويبقى نصفه للموصى له تكملة النصف، ويبقى السدس لا مستحق له، فيكون لبيت المال، وكذا إذا أوصت بذلك لزوجها كان المال كله له نصفه ميراثاً ونصفه وصية؛ لأنه لا يستحق الوصية قبل الميراث بخلاف الأجنبي؛ لأن الزوج وارث، وإنما جازت له الوصية؛ لأنه لا وارث لها تقف صحة الوصية على إجازته. وعلى هذا إذا ترك زوجته لا وارث له غيرها وأوصى لرجل بجميع ماله كان لها سدس وللموصى له خمسة أسداس؛ لأنها لا تستحق من الميراث شيئاً، حتى يخرج الثلث الوصية، فإذا أخرج الثلث استحقت ربع الباقي، وما بقي بعد ذلك يكون للموصى له بالجميع. وأصله من اثني عشر للموصى له أربعة وهو الثلث، يبقى الثلثان ثمانية للزوجة ربعها اثنان، يبقى ستة تعود للموصى له، فيكون له عشرة من اثني عشر، وذلك خمسة أسداسها.

ولو كان أوصى مع الزوجة لأجنبي بجميع المال، ولها بجميعه بدأنا أوَّلاً بالأجنبي، فأعطيناه الثلث، وهو أربعة من اثني عشر، يبقى ثمانية نعطيها ربعها ميراثاً، يبقى ستة، وبقي للأجنبي من تمام وصيته ثمانية؛ لأنه موصى له بالجميع والمرأة موصى لها بثمانية؛ لأنها استحقت ذلك بعد إخراج الثلث للأجنبي حصل لها من هذه الثمانية سهمان بقي لها ستة من تمام وصيتها، والباقي من المال ستة، فيضرب فيها الأجنبي بثمانية، والمرأة بستة يكون للرجل أربعة أسباع الستة، ولها ثلاثة أسباعها؛ لأنك إذا جمعت الثمانية التي تضرب بها الرجل إلى الستة التي تضرب بها المرأة كان ذلك أربعة عشر، فتنسب الثمانية إليها تجدها أربعة أسباعها، وتنسب الستة منها تجدها ثلاثة أسباعها، فتضرب الستة في مخرج السبع يكون اثنين وأربعين ومن ذلك تصح المسألة، فيعطى الرجل أوَّلاً ثلثها أربعة عشر يبقى ثمانية، وعشرون للمرأة ربعها سبعة ميراثاً، يبقى إحدى وعشرون يعطى الرجل منها أربعة أسباعها اثني عشر يبقى منها تسعة هي ثلاثة أسباعها للمرأة، فيكون للرجل ستة وعشرون، ولها ستة عشر تسعة بوصيتها وسبعة بميراثها. وهذا قول محمد على قياس من قال: يضرب الموصى له بجميع وصيته. أما على قياس قول أبي حنيفة: ينبغي أن يكون الباقي بعد إخراج الثلث، وما تستحقه المرأة بميراثها، وهو ستة مقسوماً بينهما على ثمانية للرجل خمسة أثمان، ولها ثلاثة أثمان؛ لأن ما زاد على الستة إلى الثمانية لا منازعة لها فيه، وهو سهمان، فيكونان للرجل بقي من الثمانية ستة يكون بينهما نصفان لها ثلاثة، وله ثلاثة مع سهميه اللذين انفرد بهما يكون خمسة. فنقول: له خمسة أثمان الستة، ولها ثلاثة أثمانها، فتضرب الستة في مخرج الثمن يكون ثمانية وأربعين للرجل منها ستة عشر بحق

الثلث يبقى اثنان وثلاثون لها ربعها ثمانية ميراثاً يبقى أربعة وعشرون يعطى الرجل خمسة أثمانها، وذلك خمسة عشر مضمومة إلى ستة عشر يكون أحداً وثلاثين ولها ثلاثة أثمانها تسعة مضمومة إلى ثمانية يكون سبعة عشر، فذلك ثمانية وأربعون.

قوله: (وَلاَ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِقَاتِلٍ) سواء كان عامداً، أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً؛ لأنه استعجل ما أخره الله، فيحرم الوصية كما يحرم الميراث، فإن أوصى لقاتله، فأجازتها الورثة جاز عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يجوز؛ لأنه منع من الوصية على طريق العقوبة، فهو كحرمان الميراث، وذلك لا يقف على إجازتهم، فكذا الوصية.

ولهما: أن الامتناع لحق الورثة؛ لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث، فإذا أجازوها جازت كالوصية للوارث.

قال الطحاوي: القياس ما قاله أبو يوسف.

وإذا مات الرجل، وترك زوجة، وأوصى لقاتله استحقت الزوجة ربع المال كاملاً، وما بقي وصية للقاتل؛ لأنه لا يستحق الوصية، إلا إذا لم يكن هناك وارث، أو يجيزها الوارث له، فإذا لم يكن مستحقاً لها لا على ما ذكرنا سلمنا للمرأة الربع ميراثها، يبقى ثلاثة أرباع المال لا وارث له، فيستحقه القاتل بحق الوصية.

قوله: (وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ) المراد بالكافر: الذمي؛ لأن الوصية للحربي باطلة، كذا في المستصفى، وإنما جازت الوصية للذمي، ولم تجز للحربي لقوله تعالى: ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ ﴾ [1]، ثم قال: ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ [2] الآية. وإنما أورد هذه المسألة؛ لأن فيها نوع إشكال، وهو أن الوصية أخت الميراث، ولا توارث بين المسلم والكافر؟

والجواب: أن الوصية تشبه الميراث من حيث الثبوت، ولا تشبهه من حيث إنه ثبت جبراً، فلا يكون النص الوارد فيه واردا في الوصية.

وقال السرخسي: في الفرق بينهما إن الإرث طريقه طريق الولاية. أما الوصية، فتمليك مبتدأ، ولهذا لا يرد الموصى له الوصية بالعيب بخلاف الوارث، كذا في شاهان.

---

(1) سورة الممتحنة: 8.

(2) سورة الممتحنة: 9.

قوله: (وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ) الأصل في هذا: أن الوصية تقف على قبول الموصى له عندنا.

وقال زفر: لا تقف على القبول؛ لأنه ملك ينتقل بالموت كالميراث.

ولنا: أنه تمليك بعقد فوقف على القبول كالتمليك بالهبة والبيع، فإن وجد القبول بعد الموت تمت الوصية، وإن وجد قبله لم يتعلق به حكم، فإذا مات الموصي زال ملكه عن الموصى به؛ لأن الموت يزيل الأملاك، ولم يدخل في ملك الموصى له؛ لأنه يقف على قبوله، ولا يملكها الورثة لتعلق حق الموصى له به.

قوله: (فَإِنْ قَبِلَهَا الْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ أَوْ رَدَّهَا فَذَلِكَ بَاطِلٌ)؛ لأن أوان ثبوت ملكه بعد الموت، ثم إذا قبل بعد موت الموصي ثبت الملك قبضه، أو لم يقبضه.

قال الخجندي: القبول على ضربين:

1 - صريح.

2- ودليل.

فالصريح: أن يقول: قبلت مع موت الموصي.

والدليل: أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فيكون موته قبولاً لوصيته، ويكون ميراثاً لورثته.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ) سواء كان الورثة أغنياء، أو فقراء؛ لأن في التنقيص صلة القرابة بتوفير المال عليهم بخلاف استكمال الثلث؛ لأنه استيفاء تمام حقه، فلا صلة ولا منة.

قوله: (وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ فَقَبِلَ الْوَصِيَّةَ فِي وَجْهِ الْمُوصِي وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ)؛ لأنه لما قبلها، فقد اطمأن قلب الموصي إلى تصرفه فمات، وهو معتمد على ذلك، فلو صح رده في غير وجهه في حياته، أو بعد موته صار مغروراً من جهته، فلهذا لم يصح رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه؛ لأنه لا ضرر هناك؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه، كذا في الهداية.

وفي الكرخي: أن الوكيل لا يملك عزل نفسه من غير علم موكله قياساً على الوصية، فيحمل كلام الكرخي على ما إذا وكله في شيء بعينه، أو يكون اختلاف المشايخ.

قوله: (وَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ)؛ لأن الموصي ليس له ولاية

إلزامه التصرف؛ لأنه متبرع بقبولها، والمتبرع إن شاء أقام على التبرع، وإن شاء رجع، فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي، فهو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل؛ لأن الموصي ليس له ولاية إلزام، فكان مخيراً، فلو أنه باع شيئاً من تركته، فقد التزمه؛ لأن هذا دلالة الالتزام والقبول، وهو معتبر بعد الموت. وسواء علم بالوصاية، أو لم يعلم بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل، فباع حيث لا ينفذ بيعه؛ لأن الوصية خلافة؛ لأنها مختصة بحال انقطاع ولاية الميت، فتنتقل الولاية إليه؛ لأن الوصي يخلف الموصي عند خلاء مكانه كالوارث، فإذا كانت خلافة، فالخلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة. ألا ترى أن الوارث إذا باع شيئاً من التركة بعد موت المورث، وهو لا يعلم بموته، فإنه يجوز بيعه كذلك الوصي، ولا كذلك التوكيل وعزل الوكيل؛ لأن التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية الحي، فلا يصح من غير علم، أو نقول؛ لأن التوكيل أمر منه، والعزل نهي عنه، وأوامر العباد ونواهيهم معتبرة بأوامر الله تعالى ونواهيه، وأوامر الله تعالى ونواهيه لا تلزم إلا بعد العلم. ألا ترى أن بعض الصحابة شربوا الخمر بعد تحريمها قبل علمهم بالتحريم، فنزل في عذرهم قوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ ﴾[1].

قال في الكرخي: إذا قبل الوصي الوصية، أو تصرف بعد الموت، وأراد أن يخرج نفسه من الوصية لم يجز ذلك، إلا عند الحاكم؛ لأنه التزم القيام بها، فعزله لنفسه بغير حضرة الموكل. أما إذا حضر عند الحاكم، فالحاكم قائم مقام الموصي لعجزه عن استيفاء حقوقه، وصار كالوكيل إذا عزل نفسه بحضرة الموكل.

قوله: (**وَالْمُوصَى بِهِ يُمْلَكُ بِالْقَبُولِ إِلاَّ فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي ثُمَّ يَمُوتُ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ فَيَدْخُلُ الْمُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَةِ الْمُوصَى لَهُ**)؛ لأن الوصية قد تمت من جانب الموصي بموته تماماً، لا يحلقه الفسخ من جهته، وإنما توقف لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة، ومن أوصى، وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصية؛ لأنه لازم، والوصية تبرع، فالأهم أولى إلا أن يبرئه الغرماء؛ لأنه لم يبق الدين بعد البراءة، فتنفذ الوصية.

قوله: (**وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ أَوْ كَافِرٍ أَوْ فَاسِقٍ أَخْرَجَهُمْ الْقَاضِي مِنَ الْوَصِيَّةِ**

(1) سورة المائدة: 93.

وَنَصَبَ غَيْرَهُمْ) هذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج إنما يكون بعدها.

وذكر محمد في الأصل: أن الوصية باطلة.

قيل: معناه في جميع هذه الصور ستبطل.

وقيل: معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته، وكذا في الكافر، ومعناه باطلة لعدم ولايته على المسلم، وفي الفاسق معناه ستبطل.

والمراد من الكافر في هذا: الذمي.

قال في الكرخي: إذا أوصى إلى عبد غيره، فالوصية باطلة لا تجوز، وإن أجازها مولى العبد؛ لأن منافع العبد مستحقة لمولاه، فلا يجوز صرفها إلى ورثة الموصي، ولو أجاز المولى الوصية، فله أن يرجع، ويمنع العبد من التصرف، فلهذا لم تصح الوصية، وكان على القاضي إخراجه منها، فإن تصرف في شيء منها قبل إخراجه جاز؛ لأن تصرف العبد بالوصية كتصرفه بالوكالة، والعبد يجوز أن يتصرف بالوكالة، فكذا بالوصية. وأما المكاتب فتصح الوصية إليه سواء كان مكاتبه، أو مكاتب غيره؛ لأن المكاتب مالك لمنافع نفسه كالحر، فإذا عجز صار حاله كحال العبد، وإنما لم تجز الوصية إلى الكافر؛ لأن تصرف الوصي بالولاية ولا ولاية للكافر على المسلم. وقد روي أنه إذا تصرف قبل أن يخرجه القاضي صح تصرفه كما يصح منه بالوكالة، وإنما لم تجز الوصية إلى الفاسق؛ لأنه مخوف على المال، فإن تصرف قبل الإخراج صح تصرفه اعتباراً بالوكالة، وإن أوصى رجل إلى امرأة، أو امرأة إلى رجل جاز؛ لأن المرأة من أهل الولاية كالرجل، وإن أوصى إلى أعمى جاز؛ لأنه من أهل الولاية، وإن أوصى إلى محدود في قذف جاز يعني التائب. أما إذا لم يتب، فهي الوصية إلى الفاسق وإن أوصى ذمي إلى مسلم بخلاف ما إذا أوصى المسلم إلى الذمي جاز؛ لأن المسلم تثبت له الولاية على الذمي، فهي باطلة.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدِ نَفْسِهِ وَفِي الْوَرَثَةِ كِبَارٌ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ)؛ لأن العبد لا ولاية له على الكبار؛ لأن في منعه للكبار أن يبيعوه، فيكون محجوراً عليه، فلا يمكنه التصرف يعني أن للكبير أن يبيع نصيبه فيه المشترى، فيعجز عن الوفاء بحق الوصية. وأما إذا كانوا كلهم صغاراً، فعند أبي حنيفة: تجوز الوصية؛ لأنه ليس في الورثة من يلي عليه، وهو يقدر على التصرف، والقيام بمصالحهم ومنافعه مستحقة لهم، فجازت الوصية إليه كالحر، وليس كذلك عبد غيره؛ لأن منافعه لمولاه، فلا يقدر على صرفها إلى الورثة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تجوز الوصية إليه؛ لأن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها؛ ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك، وهذا عكس المشروع، وإن أوصى إلى مكاتبه جاز سواء كانت الورثة صغاراً، أو كباراً؛ لأنه لا يمكنه بيع المكاتب، فإن أدى

وعتق مضى الأمر، وإن عجز صار حكمه حكم العبد على ما ذكرنا.

قوله: (وَمِنْ أَوْصَى إِلَى مَنْ يَعْجِزُ عَنْ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي غَيْرَهُ) رعاية لحق الموصي والورثة؛ لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه، فلو شكا إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة؛ لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه، فإن ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ لَمْ يَجُزْ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ دُونَ صَاحِبِهِ) إلا في أشياء نبينها إن شاء الله. وقال أبو يوسف: يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف في المال من غير إذن صاحبه في جميع الأشياء؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية، وهي وصف شرعي لا يتجزأ فيثبت لكل واحد منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوين.

ولهما: أن الولاية تثبت بالتفويض، فيراعى وصف التفويض، وهو وصف الاجتماع، وهو شرط مقيد برضا الموصى، ولم يرض إلا بالمثنى، وليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين في الإنكاح؛ لأن السبب هناك القرابة، وقد قامت بكل واحد منهما كاملاً.

قوله: (إِلاَّ فِي شِرَاءِ الْكَفَنِ لِلْمَيِّتِ وَتَجْهِيزِهِ)؛ لأن في التأخير فساد الميت، وفي انتظار أحدهما لصاحبه في شراء الكفن تأخير لدفنه، ونحن مأمورون بتعجيل دفنه.

قوله: (وَطَعَامِ الصِّغَارِ وَكِسْوَتِهِمْ) يعني الصغار من أولاد الميت؛ لأنه يخاف موتهم جوعاً، أو عرياً، فتسقط ولاية الغائب في ذلك.

قوله: (وَرَدِّ وَدِيعَةٍ بِعَيْنِهَا) وكذا رد العواري والأمانات كلها، وكذا رد المغصوب والمشترى شراء فاسداً وحفظ المال وقضاء الديون.

قوله: (وَقَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ) يعني لأحدهما أن ينفرد بقضاء الدين؛ لأنه لو أخذه من له الدين بغير إذنهما جاز ووقع عن القضاء، فكذا إذا أخذه بإذن أحدهما، فهو أولى بالجواز، وكذا الوديعة لو أخذها صاحبها بغير تسليم منهما جاز، فكذا إذا أخذها بتسليم أحدهما.

قوله: (وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا أَوْ عِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ)؛ لأنه لا يحتاج فيها إلى الرأي.

قوله: (وَالْخُصُومَةِ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ)؛ لأن الاجتماع فيها متعذر؛ لأنها لا تتأتى منهما في حالة واحدة؛ لأنهما إذا تكلما معاً لم يفهم ما يقولان،، ولكن إذا آل الأمر إلى القبض ليس لأحدهما أن يقبض إلا بإذن الآخر، وكذا قبول الهبة للصغير؛ لأن في التأخير

خيفة الفوات، وكذا بيع ما يخشى عليه التلف؛ لأن في التأخير خشية التلف، وفيه ضرورة.

قال الخجندي: فمن أصحابنا من قال: إن الاختلاف في هذه المسائل فيما إذا أوصى إليهما معاً. أما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة، فلكل واحد منهما أن يتصرف دون الآخر إجماعاً. ومنهم من قال: الاختلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة. أما إذا أوصى إليهما معاً، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف إجماعاً، والصحيح: أن الاختلاف فيهما واحد، وكذلك هذا الاختلاف في الأبوين ليس لأحدهما أن يتصرف في مال الولد إلا بإذن الآخر، إلا في الأشياء المخصوصة التي ذكرناها في الوصيين، إلا أن فيه زيادة شيء، وهو أن لأحد الأبوين أن يزوجه امرأة إن كان ابناً وإن كانت بنتاً يزوجها وليس للآخر أن يبطله.

ولو مات أحد الوصيين لا تنتقل ولايته إلى الآخر حتى أنه ليس له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وصيّاً آخر، أو الوصي الذي مات أوصى إلى الحي، أو إلى رجل آخر.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا أوصى إلى الحي لا يجوز له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وصيّاً آخر؛ لأن الميت لم يرض برأي أحدهما، وإنما رضي برأي اثنين.

ولو أوصى إلى رجلين، ثم إن أحدهما تصرف في المال في غير الأشياء المعدودة، ثم أجازه صاحبه، فإنه يجوز، ولا يحتاج إلى تحديد العقد، وإذا مات الوصي، وأوصى إلى آخر، فهو وصي في تركته وتركة الميت الأول عندنا.

وقال الشافعي: لا يكون وصيّاً في تركة الميت الأول؛ لأنه رضي برأيه لا برأي غيره.

ولنا: أنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده صار راضياً بإيصائه إلى غيره.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَمْ تُجِزْ الْوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) أما إذا أجازوا استحق كل واحد منهما الثلث بكماله، فيكون لهما الثلثان، ويبقى للورثة الثلث.

قوله: (فَإِنْ أَوْصَى لأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَلِلآخَرِ بِالسُّدُسِ وَلَمْ تُجِزْ الْوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلاثًا)؛ لأن الثلث ضاق عن حقيهما، فيقتسمانه على قدر حقيهما، فيعطى للأقل سهم، وللأكثر سهمان.

قوله: (فَإِنْ أَوْصَى لأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ وَلِلآخَرِ بِثُلُثِ مَالِهِ فَلَمْ تُجِزْ الْوَرَثَةُ

فَالــثُلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) على طريق العول لصاحب الجميع ثلاثة أرباعه، ولصاحب الثلث ربعه. وتخريجه: أن تقول: جميع المال ثلاثة أثلاث، فإذا ضممت إليه الثلث الموصى به للآخر كان ذلك أربعة أثلاث لصاحب الجميع ثلاثة، ولصاحب الثلث واحد.

قوله: (وَقَالَ أَبو حَنِيفَةَ الثُلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) يعني إذا لم تجز الورثة.

ووجهــه: أن في الموصى له بما زاد على الثلث وقعت الزيادة على غير المشروع عند عدم الإجازة؛ لأنها وصية بحق الغير، فوجب أن لا يضرب بتلك الزيادة مع الموصى له بالثلث، وإن شئت قلت: بأن الموصى له بما زاد على الثلث يدلي بسبب غير ثابت في الحال؛ لأنه موقوف على الإجازة، فكأنه لم يرض له إلا بالثلث، وللآخر بالثلث، فتساويا فكــان الــثلث بينهما نصفين، وإن أجازت الورثة، فعلى قول أبي حنيفة تكون القسمة بيــنهما علــى طريق المنازعة، فيعطى صاحب الجميع ثلثي المال بلا منازعة، واستوت منازعتهما في الثلث الباقي، فيكون بينهما نصفين، فيكون لصاحب الجميع خمسة أسداس، ولصاحب الثلث السدس، وعلى هذا إذا أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله.

فــإن أجــازت الورثة كان نصف المال لصاحب النصف، وللآخر الربع، ويبقى للورثة الربع وإن لم يجيزوا، فإنما تجوز الوصية من الثلث، فيكون الثلث بينهما على سبعة على قول أبي حنيفة للموصى له بالنصف أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة.

ووجهــه: أن الموصــى له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث؛ لأن الزيادة على الثلث ملغــاة عنده، والموصى له بالربع يضرب بالربع، فكأنه أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالــربع، فيحــتاج إلى حساب له ثلث وربع، وذلك اثنا عشر، فثلثه أربعة، وربعه ثلاثة، فــذلك سبعة، فتجعل وصيتهما على ذلك، وتكون السبعة ثلث المال، والمال كله أحد وعشرون، سبعة منه للموصى لهما، وأربعة عشر للورثة.

وقــال أبــو يوسف ومحمد: يقسم الثلث بينهما على ثلاثة للموصى له بالنصف ســهمان وللموصــى لــه بالربع سهم؛ لأن الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته والموصــى لــه بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف، فيجعل كل ربع سهماً، فالنصف يكون سهمين.

قــوله: (وَلاَ يَضْرِبُ أَبو حَنِيفَةَ لِلْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُلُثِ إِلاَّ فِي الْمُحَابَاةِ وَالسِّــعَايَةِ وَالــدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ) يعني تلغى الزيادة على الثلث، ويجعل كأنه أوصى له بالثلث.

وصورة المحاباة إذا كان له عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى أن يباع أحدهما بمائة لفلان والآخر بمائة لفلان آخر فهنا قد حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية؛ لأنه في حالة المرض، فإن خرج ذلك من الثلث جاز، وإن لم يخرج بأن لم يكن له مال غير هذين العبدين، ولم تجز الورثة، فإن محاباتهما تجوز بقدر الثلث، ويكون الثلث بينهما أثلاثاً على قدر وصيتهما أحدهما: يضرب فيه بألف، والآخر: بخمسمائة. فلو كان هذا كسائر الوصايا على قياس قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف بأكثر من خمسمائة وستة وستين وثلثي درهم؛ لأن عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، وهذا ثلث ماله؛ لأن جميع المال ألف وسبعمائة وهو قيمة العبدين.

وصورة السعاية: أن يوصي بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما إن أجازت الورثة عتقا جميعاً. وإن لم يجيزوا فإنهما يعتقان من الثلث وثلث ماله ألف يكون بينهما على قدر وصيتهما أثلاثاً، فالثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي، والثلثان للآخر ويسعى في الباقي، وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولو كان كسائر الوصايا وجب أن يسعى الذي قيمته ألف في خمسمائة نصف قيمته والذي قيمته ألفان في ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته؛ لأن القياس أن لا يضرب بما زاد على الثلث وهو ألف، فيكون بينهما نصفين.

وصورة الدراهم المرسلة: أن يوصي لأحدهما بألف وللآخر بألفين وثلث ماله ألف ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما أثلاثاً، ويضرب كل واحد منهما بجميع وصيته.

وصورة أخرى للثلاث المسائل وصورة المحاباة: أن يبيع عبداً من رجل بمائة وقيمته ثلاثمائة، ثم يوصي لآخر بثلث ماله، وليس له مال سوى العبد، فإن الوصية من الثلث وهو مائة تقسم بينهما على قدر وصيتهما، فوصية الأول مائتان، ووصية الثاني مائة، فاقسم الثلث وهو مائة على ثلاثة لصاحب المائتين ثلثاها ولصاحب المائة ثلثها.

وصورة السعاية: أن يعتق عبداً في مرض موته قيمته مائة، ثم أعتق عبداً آخر قيمته مائتان، ثم مات ولا مال له سوى العبدين، فاقسم الثلث وهو مائة بينهما أثلاثاً ثلثاها للذي قيمته مائتان وثلثها للآخر، ويسعى كل واحد منهما فيما بقي من قيمته.

وصورة الدراهم المرسلة: إذا أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين، فمات عن ثلاثمائة يقسم الثلث وهو مائة بينهما أثلاثاً لصاحب المائتين ثلثاها، ولصاحب المائة ثلثها، وإنما يضرب في هذه المواضع الثلاثة بجميع وصيته؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا المقدار من الثلث ولا كذلك إذا أوصى لرجل بثلث ماله

ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن الوصية في مخرجها غير صحيحة، يعني أن اللفظ في مخـــرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال آخر تدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث.

ولو أوصى بجميع ماله لرجل وبثلث ماله لآخر، فإن لم تكن له ورثة، أو كانت له ورثة، وأجازوا، فإن المال يقسم بينهم على طريق المنازعة على قول أبي حنيفة، وما زاد على الثلث، فذلك كله للموصى له بالجميع من غير منازعة، واستوت منازعتهما في الثلث فيقسم بينهما نصفين، وعلى قوله: ما يقسم بينهما على طريق العول ويضرب كل واحد منهما بجميع وصيته، فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم، والموصى له بالجميع يضرب له بالجميع، وهو ثلاثة، فيجعل المال على أربعة لصاحب الثلث سهم، ولصاحب الجمـــيع ثلاثة. وهذا إذا أجازت الورثة، فإن لم يجيزوا جازت الوصية في الثلث، فيكون ثلـــث المـــال بينهما، فيقسم عند أبي حنيفة نصفين؛ لأن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، وعلى قوله: ما يضرب بجميع وصيته ويقسم بينهما أرباعاً.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ لَمْ تَجُزْ الْوَصِيَّةُ إِلاَّ أَنْ يُبْرِئَهُ الْغُرَمَاءُ مِـــنْ الدَّيْنِ)؛ لأن الدين مقدم على الوصية؛ لأن الوصية تبرع، والدين واجب، والواجب مقدم على التبرع.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ)؛ لأنها وصية بمال الغير.

قوله: (وَإِنْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ جَازَ)؛ لأن مثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به.

قوله: (فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَانِ فَلِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ)؛ لأنا نجعل الموصى له بمثل نصيب ابن كابن ثالث، فيكون ماله مقسوماً على ثلاثة، فيكون له الثلث من غير إجازة، وإن لم يكـــن له إلا ابن واحد كان له ثلث المال بغير إجازة، وما زاد على ذلك إن أجازه الابن جاز، وإن لم يجزه لم يجز كما لو أوصى له بنصف ماله كان له الثلث من غير إجازة، وما زاد موقوفاً على الإجازة.

وقـــال الخجندي: إذا أوصى بنصيب ابنه، أو بنصيب ابنته، وله ابن أو ابنة لم تصح الوصـــية، فإن لم يكن له ابن، ولا ابنة جازت الوصية، فإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز؛ لأن مثل الشيء غيره لا عينه، فيعتبر نصيب الابن، ثم يزاد عليه مثله، فيكون له النصف، فـــإن أجازه الابن جاز وإن لم يجزه فله الثلث وإن كان له ابنان فله الثلث ولا يحتاج إلى الإجـــازة، وإن أوصـــى بمثل نصيب بنته وله بنت واحدة كان له نصف المال؛ لأنه مثل

نصيب البنت، فإن أجازته جاز وإن لم تجزه فله الثلث، وإن كان له ابنتان كان له الثلث؛ لأن للبنتين ثلثي المال لكل واحدة ثلث فمثل نصيب إحداهما الثلث. ولو أوصى بنصيب ابن لو كان يعطي نصف المال إن أجازت الورثة وإن أوصى بمثل نصيب ابن لو كان يعطي ثلث المال؛ لأنه أوصى له بمثل نصيب ابن معدوم، فلا بد من أن يقدر نصيب ذلك الابن بسهم ومثله سهم أيضاً، فقد أوصى له بسهم من ثلاثة بخلاف الأولى، فإنه هناك أوصى بنصيب ابن لو كان، ولم يقل بمثل نصيب ابن لو كان.

قوله: (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ أَوْ بَاعَ وَحَابَى أَوْ وَهَبَ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَهُوَ مُعْتَبَرٌ مِنْ الثُّلُثِ وَيَضْرِبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا) وفي بعض النسخ: «فهو وصية» مكان قوله: «جائز» وهو غلط؛ لأن ما تبرع به في مرضه من العتق والهبة والمحاباة حكمه حكم الوصايا في اعتبار الثلث فيه. فأما أن يكون وصية فلا؛ لأنه منجز قبل موته غير مضاف، فصار كالذي ينجزه في صحته، لكنه ساوى الوصايا في اعتبار الثلث فيه، أو نقول: لعل معنى ما ذكره في بعض النسخ أنه أراد بقوله: وصية الاعتبار من الثلث، والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، وهذا منجز، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة.

قوله: (فَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) هذا إذا ضاق الثلث عنهما. أما إذا اتسع لهما أمضى كل واحد منهما على جهته، وإنما كانت المحاباة أولى إذا ضاق الثلث؛ لأنها حق آدمي، وقد أخرجها مخرج المعاوضة، فصارت كالدين الذي يقر به المريض، فإنه مقدم على العتق؛ لأنه أخرجه مخرج المعاوضة.

قوله: (فَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى فَهُمَا سَوَاءٌ)؛ لأنهما تساويا في هذا الحال؛ لأنه حصل في العتق مزية التقديم بوقوعه، ولا يلحق الفسخ، وللمحاباة مزية للمعاوضة؛ ولأنه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، فلما تساويا تحاصا.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ الْعِتْقُ أَوْلَى فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ)؛ لأن العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة قد يلحقها الفسخ، فكان العتق أولى.

وصورته: مريض أعتق عبداً قيمته ألف، واشترى عبداً قيمته ألف بألفين، فحصل للبائع ألف محاباة وجميع ماله ثلاثة آلاف، فإن بدأ بالعتق، ثم بالمحاباة تحاصا عند أبي حنيفة، فيكون للبائع خمسمائة ويسعى العبد في خمسمائة، وعندهما العتق أولى تقدم على المحاباة، أو تأخر فيصرف الثلث، وهو ألف إلى العتق فيعتق العبد، ولا شيء عليه، ويرد البائع إلى الورثة ألف درهم.

قال أبو حنيفة: إذا حابى، ثم أعتق، ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في الجهة، فما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق نصفين؛ لأن العتق مقدم عليها. وقد بينا أنه إذا تقدم عليها ساواها.

ولو أعتق، ثم حابى، ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول، والمحاباة نصفين فما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني لتساويهما في الجهة كما لو أعتق، ثم أعتق تساويا في الثلث كذلك هذا.

قال في الينابيع: رجل له عبدان أحدهما يساوي ألفين باعه بألف والآخر يساوي ألفاً، فأعتقه ولا مال له سواهما، فالمحاباة أولى، والعتق جائز، ويسعى للورثة في جميع قيمته، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: العتق أولى، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ العبد بألفين، وإن شاء رده، فإن قدم العتق، فالثلث بينهما نصفان عند أبي جنيفة، ويسعى العبد في نصف قيمته، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ العبد بألف وخمسمائة، وإن شاء تركه، فإن رضي بأخذه سعى المعتق للورثة في خمسمائة، وإن رضي المشتري بالترك عتق العبد، ولا سعاية عليه.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ إِلاَّ أَنْ يَنْقُصَ عَنْ السُّدُسِ فَيُتِمُّ لَهُ السُّدُسَ) وهذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

قال في الهداية: ولا يزاد عليه، وروي عنه رواية أخرى: أن له أخس سهام الورثة، إلا أن يزيد على السدس، فحينئذ يعطى السدس فقط، فعلى هذه الرواية يجوز النقصان عن السدس، ولا يجوز الزيادة عليه. واعتمدها السرخسي، وأخذ بها صاحب المنظومة حيث قال:

والسهم أدنى حق أهل الإرث فإن يزد فالسدس دون الثلث

أي فإن يزاد أخس سهام الورثة على السدس فله السدس حينئذ.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أخس سهام الورثة، إلا أن يزيد على الثلث، فحينئذ يرد إلى الثلث؛ لأن الوصية لا مزيد لها على الثلث عند عدم الإجازة.

بيانه: زوجة وابن وأوصى لرجل بسهم من ماله، فعلى الرواية الأولى عن أبي حنيفة: يعطي الموصى له سدس المال؛ لأن أخس سهام الورثة الثمن، وهو نصيب الزوجة، وهو ناقص عن السدس، فيتم له السدس، وعلى الرواية الثانية: يعطي مثل نصيب الزوجة، وإن كان ناقصاً عن السدس، فيزاد على الفريضة سهم يكون تسعة، فيعطي الموصى له سهما والزوجة سهما ويبقى للابن سبعة، وكذا أيضاً على قولهما؛ لأن أخس سهامهم لا يزيد على الثلث، وإن ترك زوجة وأخاً لأب وأم أو لأب، فأخس

سهامهم الربع.

فعند أبي حنيفة: يعطى السدس؛ لأنه لا يجوز الزيادة عليه.

وعلى قولهما: يعطى الربع؛ لأنه أقل من الثلث، ويزاد على الفريضة سهم يكون خمسة، فيعطي الموصى له الخمس على قولهما.

وفي المنتقى: إذا أوصى بسهم من ماله، فمات ولا وارث له، فله نصف المال، ويجعل نصف المال بمنزلة ابن واحد.

قوله: (وَإِنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ أَعْطَوْهُ مَا شِئْتُمْ)؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، والورثة قائمون مقام الموصي، فإليهم البيان بخلاف السهم؛ لأنه عبارة عن قدر معلوم، فلا يقف على بيان الورثة، وكذا إذا أوصى بحظ من ماله، أو بشقص من ماله، أو بشيء، أو بنصيب، أو ببعض. فإن البيان إلى الموصي ما دام حياً، فإن مات، فالبيان إلى ورثته؛ لأنهم قائمون مقامه. ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال: في ذلك المجلس، أو في مجلس آخر له ثلث مالي، وأجازت الورثة، فله ثلث ماله، ويدخل السدس فيه، وإن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال: في ذلك المجلس، أو في غيره سدس مالي لفلان، فله سدس واحد؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الأول، وهو المعهود في اللغة.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى قُدِّمَتْ الْفَرَائِضُ مِنْهَا سَوَاءٌ قَدَّمَهَا الْمُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا مِثْلُ الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ)؛ لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداية بما هو الأهم بحسن الظن به، فإن كانت الفرائض كلها متساوية في القوة بدأ منها بما قدمه الموصي إذا ضاق الثلث عن جميعها.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة.

فقال في إحدى الروايتين: يبدأ بالحج، وإن أخره الموصي؛ لأنه يتعلق بالبدن والمال والزكاة بالمال لا غير، وكان الحج أولى بالتقديم.

وقال في الرواية الأخرى: تقدم الزكاة، وهو قول محمد؛ لأن كل واحد منهما منصوص عليه في القرآن، فهما متساويان في الفرضية، إلا أن الزكاة يتعلق بها حق الآدمي، فكانت أقوى.

قال في الينابيع: إذا أوصى أن يتخذ طعاماً للناس بعد موته للذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام.

قال أبو جعفر الهندواني: يجوز ذلك من الثلث للذي يطول مقامه عندهم، وللذي

يجيء من بعيد، ويستوي فيه الغني والفقير ولا يجوز للذي لا يطول مقامه أن يأكل منه.

وقال بعضهم: الوصية باطلة، وإن أوصى لرجل بشيء ليقرأ على قبره، فالوصية باطلة، وكذا إذا أوصى أن يضرب على قبره قبة، أو يطين قبره وإن أوصى بأن يحمل بعد موته إلى موضع كذا فهو باطل، فإن حمله بغير إذن الورثة ضمن ما أنفق في حمله.

ولو قيل: لمريض أوص بشيء، فقال: بثلث مالي ولم يزد على هذا إن أخرجه على أثر السؤال يخرج ثلث ماله، ويصرف إلى الفقراء، وإن قال: تصدقوا بألف درهم، فالوصية جائزة، ومصرفها للفقراء، وإن قال لغريمه: إذا مت، فأنت بريء من الدين الذي لي عليك، فهو هبة معتبر من الثلث.

قوله: (وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي) يعني النوافل؛ لأنها متساوية، والإنسان يقدم الأهم، فكان ما قدمه أولى.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الإِسْلَامِ أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلاً مِنْ بَلَدِه يَحُجُّ رَاكِبًا)؛ لأن الواجب عليه الحج من بلده. وإنما قال: «راكباً»؛ لأنه لا يجب عليه الحج ماشياً، فوجب عليه أن يحج عنه كذلك، وهذا إذا كان الثلث يتسع لذلك، فإن كان له أوطان كثيرة حج عنه راكباً من أقرب أوطانه إلى مكة، وإن كان مكيّاً، فمات بخراسان، فإن أوصى أن يحج عنه حج عنه من مكة إلا أن يوصي بالقران، فيحج عنه قارناً من خراسان، وإن لم يكن له وطن حج عنه من حيث مات، وإن كان ثلث ماله لا يفي بذلك حج عنه من حيث تبلغ.

قوله: (فَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ الْوَصِيَّةُ النَّفَقَةَ أَحَجُّوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ)؛ لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية، فوجب تنفيذها ما أمكن، والممكن فيه ما ذكرنا.

قوله: (وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِه حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ وَأَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ حُجَّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَحُجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ مَاتَ) وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق؟

فعندهما: يحج عنه بالباقي من حيث مات.

وعند أبي حنيفة: يضم ما بقي في يده إلى مال الموصي، ويؤخذ ثلثه ويحج به عنه من وطنه ولا ضمان على الأول فيما أنفق إلى وقت الموت.

قوله: (وَلاَ تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ)؛ لأنها تبرع، والصبي ليس من أهل التبرع. ألا ترى أنه لا يصح هبته في حال صحته وحال الصحة آكد في الثبوت من الوصية بدليل أن للبالغ أن يهب جميع ماله في حال صحته، ولا يجوز أن يوصي بأكثر من الثلث، فإذا لم

تجـز هبـته لم تجز وصيته، وكذا لو أوصى، ثم مات بعد الإدراك لا تصح وصيته لعدم الأهلـية وقـت المباشرة، وكذا إذا قال: إذا أدركت، فثلث مالي لفلان وصية لم تصح لقصور أهليته، فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب.

إذا أضافا الوصية إلى ما بعد العتق بحيث تصح؛ لأن أهليتهما مستتمة، والمانع حق المولى، فتصح إضافتهما إلى حال سقوطه.

قوله: (وَلاَ تَصِحُ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً)؛ لأن ماله لا يقبل التبرع.

وقيل: على قول أبي حنيفة لا يصح.

وعندهما: يصح.

قـوله: (وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَنْ الْوَصِيَّةِ)؛ لأنها نوع تبرع لم تتم، فجاز له الـرجوع فيها كالهبة، قالوا: إلا فيما وقع لازماً كالمحاباة المنجزة والتبرع والتدبير والهبة المقبوضة لذي رحم محرم منه، فإنه لا يصح الرجوع فيها، كذا في الينابيع.

قـوله: (فَـإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ كَانَ رُجُوعًا) أما الصـريح: فـيقول: أبطلت وصيتي، أو العبد الذي أوصيت به لفلان، فهو لفلان، فهو رجوع؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة؛ إذ لو أرادها لبين لفظها بخلاف ما لو أوصى بـه لرجل، ثم أوصى به لآخر، فإنه يكون بينهما؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها. وأما الفعل الذي يدل على الرجوع كما إذا أوصى بثوب، ثم قطعه وخاطه، أو بغزل فنسجه، أو بدار فبنى فيها، أو بشاة فذبحها، أو بأمة، ثم باعها، أو أعتقها، أو كاتبها، أو دبـرها، فهـذا كلـه يكون رجوعاً وإبطالاً للوصية وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً.

قوله: (وَمَنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا) هذا عند محمد، ويكون رجوعاً عند أبي يوسف.

قـوله: (وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَهُمْ الْمُلاَصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقال أبو يوسف ومحمد: هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد واحد وجماعة واحـدة؛ لأن هـؤلاء يسمون جيراناً، قال عليه السلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»[1]. وفسروه بكل من سمع النداء.

ولأبي حنـيفة: أن الجـار من المجاورة وهي الملاصقة، ولهذا يستحق الشفعة بهذا

(1) أخـرجه الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين في من كتاب الإمامة و صلاة الجماعة (باب التأمين).

الجوار.

وصورة المسألة: أن يقول: أوصيت بثلث مالي لجيراني، فعند أبي حنيفة: هو لجيرانه الملاصقين لداره، ويستوي فيه الساكن والمالك كان مسلماً، أو ذمياً رجلاً كان، أو امرأة صبياً كان، أو بالغاً. ويدخل فيه العبد الساكن عند أبي حنيفة، وعندهما: ليس للممالك والمدبرين وأمهات الأولاد من ذلك شيء؛ لأن الوصية لهم وصية للمولى؛ لأنه المستحق لذلك، وهو ليس بجار للموصي، وأما المكاتب، فيستحق ذلك بالإجماع؛ ولأنه هو المستحق لذلك دون مولاه.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى لأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ امْرَأَتِهِ) ويدخل في ذلك أيضاً كل ذي رحم محرم من زوجة ابنه ومن زوجة أبيه، ومن زوجة كل ذي رحم محرم منه، فهؤلاء كلهم أصهاره، ولا يدخل في ذلك الزوجة ولا زوجة الابن ولا زوجة الأب ولا زوجة كل ذي رحم محرم منه؛ لأن الأصهار يختصون بأهلها دونها. ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه، أو في عدته من طلاق رجعي، فالصهر يستحق الوصية، وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح، وهو شرط وقت الموت.

قوله: (وَإِنْ أَوْصَى لأَخْتَانَهُ فَالْخَتَنُ زَوْجُ كُلِّ ذَات رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ) وكذا محارم الأزواج؛ لأن الختن اسم لزوج البنت وزوج الأخت وزوج كل ذات رحم محرم منه، ومن كان ذا رحم محرم منهم؛ لأن الكل يسمى ختناً وأم الزوج وجدته وغيرهما فيه سواء.

قال في الهداية: قيل: هذا في عرفهم. أما عرفنا فلا يتناول الأزواج المحارم، ويستوي في ذلك الحر والعبد والأقرب والأبعد؛ لأن اللفظ يتناول الكل، ويستوي فيه الغني والفقير والذكر والأنثى كلهم فيه سواء لا يفضل أحدهم على الآخر من غير تفصيل من الموصي.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى لأَقَارِبِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِلأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ) وصورته: أن يقول: ثلث مالي لذوي قرابتي، وإنما اعتبر الرحم المحرم؛ لأن المقصود بهذه الوصية الصلة، فاختصت بالرحم المحرم كالنفقة وإيجاب العتق.

قوله: (وَلاَ يَدْخُلُ فِيهِمْ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ)؛ لأن القرابة اسم لما يقرب من الإنسان بغيره والأبوان أصل القرابة والولد يقرب بنفسه، فلا يتناولهم الاسم، ولهذا قالوا: من سمى والده قريباً كان ذلك عقوقاً منه؛ ولأن الله تعالى عطف الأقربين على الوالدين، والمعطوف غير المعطوف عليه.

قوله: (وَتَكُونُ لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا)؛ لأنه ذكر ذلك بلفظ الجمع، وأقل الجمع في

المواريث اثنان بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ (1). والمراد به: اثنان فما فوقهما، وهذا كله قول أبي حنيفة.

ووجهه: أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، وقد قالوا: إذا أوصى لذي قرابته ولم يقل لذوي، فهو على الواحد؛ لأن هذا اسم للواحد.

فحاصله: أن أبا حنيفة اشترط لهذه المسألة القرابة، وعدم الوراثة، وأن لا يكون فيهم أولاد والجمعية والمحرمية والأقرب، فالأقرب ووافقه صاحباه في الثلاثة الأولى، وخالفاه في الثلاثة الأخيرة، فلم يشترطاها وهي الجمعية والمحرمية والأقرب فالأقرب.

قوله: (فَإِذَا أَوْصَى بِذَلِكَ وَلَهُ عَمَّانِ وَخَالانِ فَالْوَصِيَّةُ لِعَمَّيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) لما بينا أن من أصله اعتبار الأقرب فالأقرب والعمان أقرب من الخالين.

قوله: (وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالانِ فَلِلْعَمِّ النِّصْفُ وَلِلْخَالَيْنِ النِّصْفُ)؛ لأن البعيد عنده لا يساوي القريب، فكأن العم انفرد فيستحق نصف الوصية؛ لأن الموصي جعل الوصية لجمع وأقله اثنان، فلا يستحق العم أكثر من نصفها، وبقي النصف الثاني لا مستحق له أقرب من الخالين، فكان لهما ولم يكن له إلا عم واحد، وليس له من ذوي الرحم المحرم غيره كان له نصف الوصية؛ لأنه لا يستحق أكثر من النصف لما بينا، وما بقي لا مستحق له، فتبطل فيه الوصية فيرد على الورثة بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية؛ لأن اللفظ للفرد، فيحرزها كلها إذ هو الأقرب، ولو ترك عما وعمة وخالاً وخالة، فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما، وهي أقوى من قرابة الأخوال والعمة وإن لم تكن وارثة، فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقاً أو ذمياً.

قوله: (وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مِنْ يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الإِسْلَامِ) ويستوي فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والمسلم والذمي، ويدخل في الوصية كل قريب ينسب إليه من قبل الأب أو الأم، وتكون الوصية لجميع قرابته جهة الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام في الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث، والأقرب منهم والأبعد والذكر والأنثى فيه سواء.

بيانه: إذا أوصى رجل من بني العباس لأقاربه دخل في الوصية كل من ينسب إلى العباس وكذلك العلوي إذا أوصى لأقاربه دخل في الوصية كل من ينسب إلى علي كرم الله

---

(1) سورة النساء: 11.

وجهه القريب والبعيد في ذلك سواء، ثم على أصلهما إذا أوصى لأقاربه، وله عمان وخالان اشترك فيه العمان والخالان، فتكون بينهم أرباعاً؛ لأنهما لا يعتبران الأقرب، وإن ترك عماً وخالين، فللعم نصف الوصية وللخالين نصف الوصية عند أبي حنيفة، وعندهما: هي بينهم أثلاثاً. ولو كان له عم واحد لا يستحق إلا النصف عند أبي حنيفة، وعندهما: يستحق جميع الوصية على أصلهما؛ لأن الواحد يستحق الجميع، ولو أوصى لأهل فلان، فهو على زوجته عند أبي حنيفة؛ لأن اسم الأهل حقيقة في الزوجة، قال الله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ﴾[1]، ومنه قولهم: تأهل فلان ببلد، كذا أي تزوج.

وقال أبو يوسف ومحمد: اسم الأهل يتناول كل من يعوله، وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف، وهو مؤيد بقوله تعالى: ﴿وَأْتُونِى بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾[2].

قال محمد في الزيادات: القياس في هذا أن الوصية للزوجة خاصة، لكنا استحسنا أن يكون لجميع من يعوله ممن يجمعهم منزله من الأحرار والزوجة واليتيم في حجره والولد إذا كان يعوله. فأما إذا كان كبيراً قد اعتزل، أو كانت بنتاً قد تزوجت، فليسا من أهله، ولا يدخل في ذلك مماليك، ولا وراث للموصي، ولا يدخل الموصى لأهله في شيء من الوصية؛ لأنه أوصى لمن أضيف إليه، والمضاف غير المضاف إليه، فلا يدخل في الوصية، كمن أوصى لولد فلان لا يدخل فلان في الوصية.

قوله: (**وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ دَرَاهِمِه أَوْ بِثُلُثِ غَنَمِه فَهَلَكَ ثُلُثَا ذَلِكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِه فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ**) وقال زفر: له ثلث ما بقي، ولو أوصى بثلث غنمه، فهلك الغنم كله قبل موته، أو لم يكن له غنم في الأصل، فالوصية باطلة؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت، فيعتبر قيامه حينئذ، وهذه الوصية تعلقت بالعين، فتبطل بفواتها عند الموت. ولو قال: له شاة من مالي، وليس له غنم يعطى قيمة شاة؛ لأنه لما أضافها إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة، وإن أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله ولا غنم له. قيل: لا يصح؛ لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة، وقيل: يصح؛ لأنه لما ذكر الشاة، وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية، ولو قال: شاة من غنمي ولا غنم له، فالوصية باطلة، وإن أوصى له بسيفه.

قال محمد: أعطيه السيف بجفنه وحليته، وكذا قال زفر: يعني أن له جفنه وحمائله،

---

(1) سورة القصص: 29.

(2) سورة يوسف: 93.

وإن أوصى له بسرج، فله السرج وتوابعه من اللبد والرفادة، وكذا إذا أوصى له بمصحف، فله الغلاف عند زفر.

وقال أبو يوسف: في السيف له النصل دون الجفن، وفي السرج له الدفتان والركابان دون اللبد والميثرة، وهي قطن محشو يترك على ظهر البعير، وفي المصحف له المصحف دون الغلاف؛ لأن هذه الأشياء منفصلة، فلا تدخل إلا بالتسمية كمن أوصى بدار لا يدخل فيها المتاع، والفتوى على قول زفر؛ لأن الغلاف تابع للمصحف كجفن السيف على أصله، وإن أوصى له بميزان، فله الكفتان والعمود واللسان، وليس له الصنجات ولا التخت، وهذا عند أبي يوسف.

وقال زفر: له ذلك؛ لأنه من توابع الميزان؛ لأن المنفعة لا تكمل إلا بالجميع.

وأبو يوسف يقول: هي منفصلة، فلا تدخل إلا بالتسمية.

قال محمد: ولو أوصى له بحنطة في جوالق، فله الحنطة دون الجوالق، وإن أوصى له بقوصرة تمر، فله القوصرة والتمر؛ لأن القوصرة تدخل في بيع التمر في العادة بخلاف الجوالق، وإن أوصى له بعسل في زق، أو بسمن في ظرف، أو بزيت في إناء لم تدخل الآنية، وإنما له العسل وحده والسمن وحده، كذا في الكرخي.

قوله: **(وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُث ثِيَابه فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِـيَ مِنْ مَالِه لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلاَّ ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِنْ الثِّيَابِ)** هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة. أما إذا كانت من جنس واحد، فهي بمنزلة الدراهم؛ لأن الثياب إذا كانت مختلفة لا يقسم بعضها في بعض، فالباقي منها لا يجوز أن يستحقه الموصى له بالقسمة، فلم تكن الوصية متعلقة بالباقي، فلا يجوز أن يستحق الموصى له أكثر من ثلثه.

قوله: **(وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْف دِرْهَمٍ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ فَإِنْ خَرَجَتْ الأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ دُفِعَتْ إِلَى الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ دَفَعَ إِلَيْه ثُلُثَ الْعَيْنِ وَكُلَّمَا خَرَجَ شَـيْءٌ مِـنْ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ)**؛ لأن الموصى له شريك الورثة، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة؛ لأن في العين فضلاً على الدين.

قوله: **(وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِالْحَمْلِ إِذَا وُضِعَ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْوَصِـيَّةِ)** ولا يحتاج إلى القبول. أما الوصية له؛ فلأن الوصية استخلاف من وجه؛ لأنه يجعلـه خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية؛ لأنها أخته إلا أنهـا ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة، فإنها لا تصح له؛ لأنها تمليك محـض، وليست باستخلاف ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً. وأما الوصية فهي جائزة

أيضاً إذا علم وجوده وقت الوصية؛ لأن باب الوصية واسع لحاجة الميت وعجزه، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة؛ فلأن تصح في الموجود أولى. وصورة المسألة: إذا أوصى لرجل بما في بطن جاريته ولم يكن ذلك من المولى، أو بما في بطن دابته، فهو جائز إذا علم وجوده في البطن، ومعرفة وجوده أنها إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي.

وذكر الطحاوي: أنه يعتبر المدة من وقت الوصية، وهو المذكور في الكتاب، وإن ولدته لستة أشهر فصاعداً بعد ذلك، فالوصية باطلة لجواز أن يكون الولد حدث بعدها، إلا إذا كانت الجارية في العدة حينئذ لأجل ثبوت النسب يعتبر إلى سنتين، فكذلك في جواز الوصية يعتبر إلى سنتين، وإن لم تكن في العدة يعتبر لأقل من ستة أشهر في الجارية والدابة سواء، وإن أوصى بالجارية لرجل، وما في بطنها لآخر جاز إلا إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر، أو لستة أشهر حينئذ تكون الجارية وولدها للموصى له بالجارية.

قوله: (وَإِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ إِلاَّ حَمْلَهَا صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ وَالاسْتِثْنَاءُ) أي أوصى بها واستثنى ما في بطنها، فإنه يجوز؛ لأن الوصية أخت الميراث، فقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراثاً. والميراث يجري فيما في البطن ولأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً، لكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها؛ ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية، فجاز استثناؤه منه، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد صح استثناؤه منه، وما لا فلا. ولو أوصى برقبة الجارية لإنسان، وما في بطنها لآخر، فمات الموصى له بالولد انتقل الملك إلى ورثته، فإن أوصى برقبتها لإنسان وبخدمتها وغلتها لآخر، فمات الموصى له بالخدمة والغلة عاد الملك إلى صاحب الرقبة دون ورثة الموصى.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ الْمُوصَى لَهُ ثُمَّ قَبِلَ وَهُمَا يَخْرُجَانِ مِنْ الثُّلُثِ فَهُمَا لِلْمُوصَى لَهُ)؛ لأن الأم دخلت في الوصية أصالة، والولد تبعاً حين كان متصلاً بها، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية، فيكونان للموصى له.

وقوله: «قبل أن يقبل الموصى له»: لم يذكر هذا الشرط في الهداية، وصوابه قبل القسمة.

وقوله: «فولدت بعد موت الموصي»: إنما قيد به؛ لأنه لا يستحق ما ولدت قبل موت الموصي، ذكر في الكرخي.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنْ الثُّلُثِ ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَأَخَذَ مَا يَخُصُّهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا)؛ لأن الوصية تتناولهما جميعاً، ولهذا استحقهما الموصى له إذا خرجا من الثلث، فإذا لم يخرجا جميعاً من الثلث ضرب فيهما بالحصة، وهذا عند أبي حنيفة.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَأْخُذُ ذَلِكَ مِنْ الأُمِّ فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ مِنْ الْوَلَدِ)؛ لأن الوصية تعلقت بعين الأم، والولد يدخل معها على طريق التبع، فإذا لم يخرجا من الثلث تعينت الوصية في الأم، فإن فضل من الثلث شيء كان ذلك من الولد.

وفي الهداية: الخلاف على عكس هذا، فجعل قولهما قول أبي حنيفة، وقول أبي حنيفة قولهما.

وصورة المسألة: رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم، ولا مال له غير ذلك، فأوصى بالأمة لرجل، ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة، فللموصى له الأم وثلث الولد عند أبي حنيفة، وما بقي للورثة، وهذا يتأتى على ما ذكر في الهداية، وهو ضد ما في القدوري. وعندهما: له ثلثا كل واحد منهما وما بقي للورثة.

وجه قول أبي حنيفة: أن الوصية قد صحت في الأم، وهي تخرج من الثلث، فلا يجوز أن تفسخ الوصية في شيء منها بعد صحتها؛ ولأن الأم أصل والولد تبع، والتبع لا يزاحم الأصل. فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل، وذلك لا يجوز، ولهما أن الولد قد دخل في الوصية تبعاً في حالة الاتصال، فلا يخرج عنها بالانفصال، هذا إذا ولدت قبل القسمة، فإن ولدت بعدها، فهو للموصى له؛ لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

قوله: (وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً وَيَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا)؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل وبغير بدل، فكذا بعد الموت، ويجوز مؤقتاً ومؤبداً ونفقة العبد في الموضعين على الموصى له بالخدمة.

قوله: (فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ مِنْ الثُّلُثِ سُلِّمَ إلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ)؛ لأن حق الموصى له في الثلث، ولا يزاحمه فيه الورثة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ لاَ مَالَ لَهُ غَيْرَهُ خَدَمَ الْوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالْمُوصَى لَهُ يَوْمًا)؛ لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين، وهذا إذا لم تجز الورثة؛ لأن العبد لا يمكن قسمته أجزاء؛ لأنه لا يتجزأ ويمكن استيفاء خدمته على المهايأة بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء، وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً، ثم العبد الموصى

بخدمته ليس للورثة أن يبيعوه إلا إذا أجاز الموصى له بالخدمة، فإذا أجاز لم ينتقل حقه إلى العوض.

قوله: (فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ)؛ لأن الموصي أوجب الحق للموصى لـــه ليستوفي المنافع على حكم ملكه. فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير رضاه، وذلك لا يجوز.

قوله: (وَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ)؛ لأن إيجابها تعلق بالموت، ولأن شرط صحة الوصية القبول.

ومـــن شرط القبول: أن يكون بعد موت الموصي، فإذا مات الموصى له قبل ذلك عدم هذا.

قوله: (وَإِذَا أَوْصَى لِوَلَدِ فُلاَنٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ)؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً، فإن لم يكن لفلان ولد من صلبه دخل في الوصية ولد الابن الذكور دون الإناث عند أبي حنيفة، وعندهما: يدخل الإناث، وتكون الوصية لهما جميعاً كما في ولد الصلب، فلا يدخل أولاد البنات في ذلك في المشهور، وإن أوصى لبني فلان. فعن أبي حنيفة: روايتان: في رواية: أن الذكور ينفردون بذلك دون الإناث؛ لأن الإناث لا يتناولهم اسم البنين، وفي رواية: يدخلون مع الذكور، ويكونون سواء. وهو قولهما؛ لأن اسم البنين يتناول الجميع في حال اجتماعهم، قال الله تعالى: ﴿ يَـٰبَنِىٓ ءَادَمَ ﴾[1]، فالخطاب متناول للكل، وأما إذا قال: لبني فلان ولم يكن له إلا بنات منفردات لم يكن لهن شيء بلا خلاف؛ لأن حقيقة الاسم للذكور، ولو أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين، فلهن ثلاثة أسهم من خمسة عندهما.

وقـــال محمد: يقسم الثلث على سبعة لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان؛ لأن الفقراء والمســـاكين جنسان والمذكور لفظ الجمع، وأدناه في الميراث اثنان لما بيناه فيما تقدم، فكان من كل فريق اثنان.

ولهمـــا: أن الجمـــع المذكور بالألف واللام يراد به الجنس، فيتناول الأدنى كما إذا قال: لا أتزوج النساء، فإذا كان كذلك اعتبر من كل فريق واحد. وإن أوصى بثلثه لفلان والمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما.

وقـــال محمـــد: ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين. ولو أوصى للمساكين، فله صرفه إلى

(1) سورة يس: 60.

مسكين واحد عندهما، وعنده: لا يصرف إلا إلى مساكين على ما بينا، وإن أوصى بثلثه للبائس والفقير والمسكين.

قال أبو حنيفة ومحمد: يجعل الثلث على ثلاثة أجزاء للبائس، وهو الزمن إذا كان محتاجاً جزء، وجزء للمسكين، وهو الذي يطوف على الأبواب، وجزء للفقير الذي لا يطوف على الأبواب، ولا يسأل.

وقال أبو يوسف: يجعل على جزأين الفقير والمسكين واحد والبائس واحد. ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة درهم، ثم قال لآخر: أشركتك معهما، فله ثلث كل مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة ولآخر بمائتين، ثم قال لآخر: أشركتك معهما؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين، فحملناه على مساواة كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى لِوَرَثَةِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ)؛ لأنه لما نص على لفظ الورثة علم أن قصده التفضيل كما في الميراث، وإن أوصى لعقب فلان، فالعقب عبارة عمن وجد من الولد بعد موت الإنسان. فأما في حال حياته، فليسوا بعقب له وعقب ولده من الذكور والإناث، فإن لم يكن له ولد فولد ولده الذكور والإناث أيضاً، ولا يدخل فيهم ولد الإناث؛ لأن أولاد بناته ليسوا بعقب له، وإنما هم عقب لآبائهم ويقدم ولد الصلب على ولد الولد؛ لأن الاسم يتناول الأعلى ألا ترى أن ولد الولد عقب لآبائهم وآباؤهم عقب لجدهم، فإن عدم الآباء فالعقب ولد الولد.

قوله: (وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ)؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها، فصار كما إذا أوصى لزيد وجدار وهذا كله في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه قال: إذا كان يعلم بموته، فهو كذلك وإن كان لا يعلم بموته، فللحي نصف الثلث؛ لأنه لم يرض للحي إلا بنصف الثلث ونصفه لورثة الميت. ولو كانا حيين وقت الوصية، ثم مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت في حصته، وانتقل ذلك إلى ورثة الموصي، وللحي نصف الثلث وإن مات أحدهما بعد موت الموصي كان نصيبه موروثا عنه.

قوله: (فَإِنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَزَيْدٌ مَيِّتٌ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ)؛ لأن كلمة «بين» كلمة تقسيم واشتراك، فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث.

ولو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث.

قال في الينابيع: إذا أوصى بعبده سالم لزيد، ثم أوصى به لعمرو، فهو بينهما نصفان، فإن مات أحدهما في حياة الموصي، فهو للباقي منهما.

وإن قال: أوصيت بثلث مالي لعمرو ولزيد إن كان فقيراً نظرت إن كان زيد وقت الموت فقيراً، فالثلث بينهما وإن لم يكن فقيراً، ومات قبل ذلك بطلت حصته، وانتقل إلى ورثة الموصي ولعمرو نصف الثلث.

قوله: (وَإِنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَلاَ مَالَ لَهُ ثُمَّ اكْتَسَبَ مَالاً اسْتَحَقَّ الْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ)؛ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعد الموت، فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله، وكذا لو كان له مال وهلك، ثم اكتسب مالاً لما بينا.

مسائل: إذا أوصى بوصايا وكانت زائدة على الثلث وأردت قسمة الثلث بينهم، فالوجه فيه أن تجمع الوصايا كلها، ثم تنظر إليها وإلى الثلث وإلى نقصانه من الوصايا، فإن كان النقصان مثل نصف الوصايا نقصت من كل وصية نصفها، وإن كان النقصان مثل ثلث الوصايا نقصت من كل وصية ثلثها، وعلى هذا القياس يكون العمل مثاله إذا بلغت الوصايا ألف درهم لأحدهم مائة ولآخر مائتان ولآخر ثلاثمائة ولآخر أربعمائة وثلث ماله خمسمائة، فالنقصان من خمسمائة إلى مبلغ الوصايا مثل نصف الوصايا خمسمائة، فينقص من كل وصية نصفها فلصاحب المائة خمسون، ولصاحب المائتين مائة، ولصاحب الثلاثمائة مائة وخمسون، ولصاحب الأربعمائة مائتان، وعلى هذا فقس.

وإذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بربع ماله ولثالث بثلث ماله، فعند أبي حنيفة: الثلث بينهم على أحد عشر سهماً لصاحب الثلث أربعة، ولصاحب النصف أربعة؛ لأنه لا يضرب بما زاد على الثلث إلا بالثلث، ولصاحب الربع ثلاثة، فإذا كان ثلث المال أحد عشر كان جميعه ثلاثة وثلاثين.

ووجهه: أن مخرج الثلث والربع اثنا عشر، فالموصى له بالنصف، كأنه لم يوص له إلا بالثلث؛ لأنه لا يضرب إلا بالثلث، فتعطيه ثلث اثني عشر، وهو أربعة وللثاني أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة، فذلك أحد عشر.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم الثلث على ثلاثة عشر لصاحب النصف ستة؛ لأنه عندهما يضرب بجميع وصيته وهي النصف وذلك ستة من اثني عشر، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة، فذلك ثلاثة عشرة، فيكون المال كله تسعة وثلاثين. وإن

أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة على أصله. وإن أجازوا لا نص فيه عند أبي حنيفة.

واختلفوا في قياس قوله؟

فقال أبو يوسف: هو بينهما أسداس خمسة أسداس لصاحب الجميع، والسدس لصاحب الثلث على طريق المنازعة، يعني أن صاحب الثلث لا منازعة له في الثلثين، فسلم ذلك لصاحب الجميع، واستويا في الثلث، فيقسم بينهما نصفين.

وقال الحسن: هذا قبيح، فإن نصيب الموصى له بالثلث عند الإجازة مثل نصيبه عند عدمها، بل يجب له الربع وللآخر ثلاثة أرباع، وقول أبي يوسف هو الصحيح ذكره في الينابيع.

وتخريج ما قاله الحسن أن يقسم الثلث أوَّلاً بينهما نصفين؛ لأن الإجازة في الثلث ساقطة العبرة، ثم يقسم الثلثين، فنقول: أصلها من ثلاثة لحاجتنا إلى الثلث، ثم يقسم الثلث بينهما نصفين لاستوائهما فيه، فانكسر، فأضعفه، فيكون ستة، فصار الثلث سهمين بينهما وبقي أربعة، فصاحب الجميع يدعي كلها، وصاحب الثلث يدعي منها سهما ليصير له مع السهم الأول ثلث الجميع، فسلم لصاحب الجميع منها ثلاثة، واستوت منازعتهما في السهم الباقي، فيقسم بينهما نصفين، فانكسر، فأضعف الستة تكون اثني عشر لصاحب الجميع تسعة، وهي ثلاثة أرباع المال وللآخر ثلاثة وهو الربع؛ لأن المال إذا صار اثني عشر قسم ثلثه بينهما أوَّلاً نصفين يبقى ثمانية صاحب الجميع يدعي كلها والآخر لا يدعي منها إلا سهمين ليكمل له ثلث الجميع ولا منازعة له في الستة الباقية، فسلمت لصاحب الجميع، وبقي سهمان استوت منازعتهما فيهما، فتقسم بينهما نصفين، وعلى هذا قول أبي حنيفة كقولهما إلا أن التخريج مختلف، فعنده بالمنازعة، وعندهما بالعول.

وتخريج قولهما: أن نقول: اجتمع وصية بالكل، ووصية بالثلث، فكانت المسألة من ثلاثة لأجل الثلث، فصاحب الجميع يدعي كلها والآخر يدعي سهما، فتعول إلى أربعة لصاحب الثلث سهم، وللآخر ثلاثة، ولو أوصى لإنسان بخدمة عبد، فنفقته وكسوته، وما يصلحه على الموصى له بالخدمة؛ لأنه المنفرد بالانتفاع دون الورثة، فصار في حكم المالك، والله تعالى أعلم.

كتاب الفرائض[1]

الفرض في اللغة: هو التقدير، يقال: فرض القاضي النفقة، أي قدرها.

والفرائض من العلوم الشريفة التي تجب العناية بِها لافتقار الناس إليها. قال عليه السلام: «الفرائض نصف العلم، وهو أول علم يرفع من الأمة»[2]، وقال عليه السلام: «إن الله تعالى لم يكل قسم مواريثكم إلى ملك مقرب، ولا إلى نبي مرسل، ولكن تولى ربنا بيانَها، فقسمها أبين قسم ألا، لا وصية لوارث»[3]، وقال عليه السلام: «تعلموا الفرائض، وعلموها الناس، فإنّها نصف العلوم، وإني امرؤ مقبوض، وسينـــزع العلم من

---

(1) علم الميراث علم الفرائض بمعنى واحد.

الفرائض: جمع فريضة، فعيلة من الفرض، وهو في اللغة: التقدير والقطع، وفي الشرع: ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه. وسمي هذا النوع من الفقه «فرائض»؛ لأنه سهام مقدرة ثبتت بدليل قطعي لا شبهة فيه؛ فقد اشتمل على المعنى اللغوي والشرعي، وإنما خص بِهذا الاسم لأن الله تعالى سماه به، فقال بعد القسمة: ﴿ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ ﴾ سورة النساء، الآية: 11، وكذا النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: «تعلموا الفرائض» أخرجه ابن ماجه، والحاكم، والبيهقي، والدارقطني، وابن عدي. (اللباب في شرح الكتاب).

أنواع الإرث أربعة وهي:

1- إرث بالفرض.

2- إرث بالتعصب.

3- إرث بالرد.

4- إرث بالرحم.

أركان الإرث ثلاثة وهي:

1- المورِّثُ: وهو الميت الذي يستحق غيره أن يرِثَ منه ما خلّفه (بعد الموت).

2- الوارث: وهو الذي يستحق الإرث، بالأسباب كالقرابة النسبية والزوجية، وغيرها.

3- الموروث: وهو الشيء الذي يتركه الميت من مال وعقار وغيره.

ويسمى الموروث إرثاً، وتُراثاً، وميراثاً، وتركة، وكلها أسماء للشيء الذي يتركه الميت للورثة.

انظر: المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة (ص38-40).

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الفرائض (باب: الحث على تعليم الفرائض) بلفظ: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يا أبا هريرة، تعلموا الفرائض وعلموها، فإنه نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينـــزع من أمتي».

(3) وقد ورد المواريث في خبر ضعفه ابن الصلاح بلفظه: «إن الله لم يكل قسمة مواريثكم إلى نبي مرسل، ولا إلى ملك مقرب، ولكن قسمها بنفسه».

انظر: فيض القدير للمناوي (253/2).

أمتي، حتى يختلف الرجلان في الفريضة، فلا يجدان من يعرف حكم الله تعالى»[1].

فإن قيل: ما معنى قوله: فإنّها نصف العلم؟

قيل: لأن للإنسان حالتين:

1 - حالة حياة.

2- وحالة موت.

والفرائض من أحكام الموت، فيكون لفظ النصف، ههنا: عبارة عن قسم من قسمين.

ومناسبتها بالوصايا: أن الوصية تصرف في حال مرض الموت، والفرائض حكم بعد الموت.

{مطلب في بيان الوارثين والوارثات بإجماع أهل الشرع}

قوله رحمه الله: (**الْمُجْمَعُ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ مِنْ الرِّجَالِ عَشْرَةٌ**) إنما أراد بِهذا من يستحق الميراثَ في الجملة، وإن اختلفوا في الاستحقاق، وتقديم بعضهم على بعض فيه.

قوله: (**الابْنُ وَابْنُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ وَالأَبُ وَالْجَدُّ أَبو الأَبِ وَإِنْ عَلاَ وَالأَخُ وَابْنُ الأَخِ وَالْعَمُّ وَابْنُ الْعَمِّ وَمَوْلَى النِّعْمَةِ وَالزَّوْجُ**) المراد بالجد أبو الأب. أما أبو الأم، فهو رحم، وليس بعصبة، فلا يرث إلا ميراث ذوي الأرحام إذا لم يكن أحد من العصبات على ما يأتي بيانه إن شاء الله.

قوله: (**وَمِنْ الإِنَاثِ سَبْعٌ الابْنَةُ وَابْنَةُ الابْنِ وَإِنْ سَفُلَتَ وَالأُمُّ وَالْجَدَّةُ وَالأُخْتُ وَالزَّوْجَةُ وَمَوْلاَةُ النِّعْمَةِ**) فالجدة، ومولاة النعمة، لا ذكر لميراثهما في القرآن، وإنما ثبت بالحديث، وذلك لما روي «أن جدة جاءت إلى أبي بكر رضي الله عنه تطلب ميراثها، فقال لها: لم أجد لك في كتاب الله شيئاً، فقام إليه المغيرة بن شعبة، فقال شهدت أن

---

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الفرائض (باب: الحث على تعليم الفرائض) بلفظ: «تعلموا الفرائض، وعلموها، فإنه نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينــزع من أمتي»، وأخرجه الدارمي في سننه في كتاب المقدمة (باب: الاقتداء بالعلماء) بلفظ: «تعلموا العلم، وعلموه الناس، تعلموا الفرائض، وعلموه الناس، تعلموا القرآن، وعلموه الناس، فإني امرؤ مقبوض، والعلم سيقبض، وتظهر الفتن حتى يختلف اثنان في فريضة لا يجدان أحداً يفصل بينهما»، وفي كتاب الفرائض (باب: في تعليم الفرائض) موقوفاً بلفظ: «قال عمر بن الخطاب: تعلموا الفرائض، واللحن، والسنن، كما تعلمون القرآن»، و«عن عبد الله بن مسعود قال: تعلموا الفرائض، والطلاق، والحج، فإنه من دينكم».

رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جاءته جدة تطلب ميراثها، ففرض لها السدس، فأوجب لها أبو بكر رضي الله عنه ذلك»[1].

وأما مولاة النعمة، فلها الميراث لقوله عليه السلام: «تحوز المرأة ميراث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت به»[2]، والمراد بلقيطها والله أعلم ولدها من الزنا وقال عليه السلام: « الولاء لحمة كلحمة النسب»[3].

{مطلب في بيان من لا يرثون بحال}

قوله: (وَلاَ يَرِثُ أَرْبَعَةٌ الْمَمْلُوكُ وَالْقَاتِلُ مِنَ الْمَقْتُولِ وَالْمُرْتَدُّ وَأَهْلُ الْمِلَّتَيْنِ)

أما المملوك، فلأن الميراث نوع تمليك والعبد لا يملك، ولأن ملكه لسيده ولا قرابة بين السيد والميت، وكذا كل من في رقبته شيء من الرق كالمكاتب والمدبر وأم الولد، فإنه لا يرث ولا يورث إلا المكاتب إذا مات عن وفاء، فإنه يؤدي منه كتابته، ويحكم بحريته قبل موته بلا فصل، وما فضل يكون ميراثاً عنه. وأما المستسعى، فإنه ينظر إن كان يسعى لفكاك رقبته، فهو كالمكاتب عند أبي حنيفة، وعندهما: كحر مديون، وهذا مثل معتق البعض، وإن كان يسعى لا لفكاك رقبته، ولكن لحق فيها كالعبد المرهون إذا أعتقه مولاه، والمأذون إذا أعتقه المولى على المأذون دين، أو الأمة إذا أعتقها المولى على أن يتزوجها، فأبت، فإنها تسعى في قيمتها وهي حرة، فإن هؤلاء يرثون ويورثون بالإجماع. وأما القاتل، فلا يرث من المقتول لا من الدية، ولا من غيرها لقوله عليه السلام: «لا يرث القاتل»[4]؛ ولأنه حرم الميراث عقوبة له؛ لأنه استعجل ما أخره الله، فمنع من الميراث،

---

(1) روي بألفاظ مختلفة في الترمذي في كتاب الفرائض عن رسول الله، وأبو داود في كتاب الفرائض، وابن ماجه في كتاب الفرائض.

(2) أخرجه الترمذي في سننه في كتاب الفرائض عن رسول الله (باب: ما جاء ما يرث النساء من الولاء) بلفظ: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المرأة تحوز ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه»، وأبو داود في سننه في كتاب الفرائض (باب: ميراث ابن الملاعنة) بلفظ: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المرأة تحوز ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه»، وابن ماجه في سننه في كتاب الفرائض (باب: تجوز المرأة ثلاث مواريث) بلفظ: «عن واثلة بن الأسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تحوز ثلاث مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه».

(3) أخرجه الدارمي في كتاب الفرائض (باب: بيع الولاء).

(4) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الديات (باب: ديات الأعضاء)، والدارمي في سننه في كتاب الفرائض (باب: ميراث القاتل).

وهذا إذا كان قتلاً يتعلق به القصاص، أو الكفارة. أما ما لا يتعلق به ذلك لا يمنع الميراث. وقد بينا ذلك في الجنايات، ومن الذي لا يوجب القصاص ولا الكفارة هو الصبي والمجنون إذا قتلا مورثهما، فإنه لا يحرم ميراثهما، وكذا إذا قتل مورثه بالسبب كما إذا أشرع روشناً، أو حفر بئراً على الطريق، أو وضع حجراً على الطريق، أو ساق دابة، أو قادها فوطئت مورثه، أو قتله قصاصاً، أو رجماً، أو مال حائطه، فأشهد عليه، أو لم يشهد حتى سقط على مورثه، أو وجد مورثه قتيلاً في داره تجب القسامة والدية، ولا يمنع الإرث، وكذا العادل إذا قتل الباغي لا يمنع الإرث. وأما إذا قتل الباغي العادل إن قال: قتلته، وأنا على الباطل، وأنا الآن على الباطل لا يرثه إجماعاً. وإن قال: قتلته، وأنا على الحق، وأنا الآن على الحق، فعندهما: يرث، وعند أبي يوسف: لا يرث، والأب إذا قتل ابنه خطأً لا يرث، وتجب الكفارة، وإن قتل عمداً لا يجب القصاص ولا الكفارة، ومع ذلك لا يرث، ويشكل هذا على الأصل الذي ذكرناه إلا أنا نقول: قد وجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة.

وأما المرتد، فلا يرث من مسلم، ولا ذمي، ولا مرتد.

وأما أهل ملتين، فلقوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملتين»[1]، ولا يرث الحربي من الذمي ولا الذمي من الحربي.

وأهل الذمة يرث بعضهم من بعض، وأهل الحرب كلهم ملة واحدة، إلا إذا كانت دارهم مختلفة، فإنه لا يرث بعضهم من بعض كما إذا كانا في حصنين يستحل كل واحد منهما دم الآخر، فإن قتل المرتد، أو لحق بدار الحرب، وحكم بلحاقه ورثه ورثته المسلمون عندنا.

وقال الشافعي: يكون ماله فيئاً كمال الحربي سواء كان ذلك المال اكتسبه في حال الردة، أو في حال الإسلام.

وقال أبو حنيفة: كسب الردة وكسب الإسلام موروث.

وقال أبو يوسف ومحمد: كسب الإسلام والردة سواء يرثه ورثته المسلمون.

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه في كتاب الفرائض عن رسول الله (باب: لا يتوارث أهل ملتين)، وأبو داود في سننه في كتاب الفرائض (باب: لا يرث المسلم الكافر)، وابن ماجه في سننه في كتاب الفرائض (باب: ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك)، والدارمي في سننه في كتاب الفرائض (باب: في ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام).

{مطلب في الفروض المقدرة ومستحقوها}

قوله: (وَالْفُرُوضُ الْمَحْدُودَةُ فِي كِتَابِ اللَّه تَعَالَى ستَّةٌ النِّصْفُ وَالرُّبْعُ وَالثُّمْنُ وَالثُّلُثَانِ وَالثُّلُثُ وَالسُّدُسُ فَالنِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةَ الابْنَةُ وَابْنَةُ الابْنِ إِذَا لَمْ تَكُنْ ابْنَةُ الصُّلْبِ وَالأُخْتُ للأَب وَللأُمِّ وَالأُخْتُ للأَب إِذَا لَمْ تَكُنْ أُخْتٌ لأَب وَأُمٍّ) ولا أخوها (وَالزَّوْجُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ وَلاَ وَلَدُ ابْنٍ) وما فضل من هذا يصرف إلى العصبة.

قوله: (وَالرُّبْعُ فَرْضٌ لِلزَّوْجِ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَلِلزَّوْجَاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ وَلاَ وَلَدُ ابْنٍ) وإنما خص ولد الابن في المسألتين؛ لأن ولد البنت ذو رحم لا يرث إلا مع ذوي الأرحام، فلا يحجب الزوجين.

قوله: (وَالثُّمْنُ لِلزَّوْجَاتِ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ) وهو منصوص في القرآن.

قوله: (وَالثُّلُثَانِ لِكُلِّ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِمَّنْ فَرْضُهُ النِّصْفُ إِلاَّ الزَّوْجَ) يعني الابنتين والأختين فصاعداً.

قوله: (وَالثُّلُثُ لِلأُمِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ وَلاَ وَلَدُ ابْنٍ وَلاَ اثْنَانِ مِنْ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ) لقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ ﴾[1].

قوله: (وَيَفرِضُ لَهَا فِي مَسْأَلَتَيْنِ ثُلُثَ مَا بَقِيَ وَهُمَا زَوْجٌ وَأَبَوَانِ أَوْ زَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ فَلَهَا ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ فَرْضِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ) ولو كان مكان الأب جد، فلها ثلث جميع المال بالإجماع، والباقي للجد.

قوله: (وَهُوَ لِكُلِّ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنْ وَلَدِ الأُمِّ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ) لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾[2]، وهذا يقتضي التساوي بينهم.

قوله: (وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَة لِكُلِّ وَاحِد مِنْ الأَبَوَيْنِ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَهُوَ لِلأُمِّ مَعَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ وَلِلْجَدِّ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ) وللجدات، ولبنات الابن مع بنت الصلب وللأخوات للأب مع الأخوات للأب، والأم وللواحد من ولد الأم.

---

(1) سورة النساء: 11.

(2) سورة النساء: 12.

{مطلب في بعض مسائل الحجب}

قوله: (وَتَسْقُطُ الْجَدَّاتُ بِالأُمِّ وَالْجَدُّ وَالإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ بِالأَبِ) أما الجدات، فيسقطن بالأم سواء كن من قبل الأب، أو من قبل الأم وكذلك الجدة، أم الأب تسقط مع ابنها، والأب يحجب الجدات من قبل نفسه، ولا يحجب الجدات من قبل الأم، حتى أن أم الأم مع الأب والجدات ست ثنتان لك وثنتان لأبيك وثنتان لأمك وكلهن وارثات غير أم أب الأم، فإنه لا شيء لها.

واعلم أن كل من لا يرث لا يحجب أحداً من أهل الميراث كالابن إذا كان قاتلاً، أو عبداً، أو كافراً، فإنه لا يرث ويجعل بمنـــزلة الميت، وليس هذا كالاثنين من الإخوة والأخوات؛ لأنهما لا يرثان مع الأب ومع ذلك يحجبان الأم من الثلث إلى السدس؛ لأنهما من أهل الميراث في الأصل إلا أن الأب حجبهما.

قوله: (وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأُمِّ بِأَحَدِ أَرْبَعَةٍ بِالْوَلَدِ وَوَلَدِ الابْنِ وَالأَبِ وَالْجَدِّ) وهذا لا خلاف فيه.

قوله: (وَإِذَا اسْتَكْمَلَ الْبَنَاتُ الثُّلُثَيْنِ سَقَطَتْ بَنَاتُ الابْنِ إلاَّ أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَوْ بِإِزَائِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ابْنُ ابْنٍ فَيَعْصِبُهُنَّ) ويكون الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

قوله: (وَإِذَا اسْتَكْمَلَ الأَخَوَاتُ لِلأَبِ وَالأُمِّ الثُّلُثَيْنِ سَقَطَ الأَخَوَاتُ لِلأَبِ إلاَّ أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لَهُنَّ فَيَعْصِبُهُنَّ) ولا يعصبهن ابن الأخ، والله أعلم.

باب أقرب العصبات

قوله: (وَأَقْرَبُ الْعَصَبَاتِ الْبَنُونَ ثُمَّ بَنُوهُمْ ثُمَّ الأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ ثُمَّ الإِخْوَةُ) هذا عند أبي حنيفة؛ لأن الجد أباً لأب أولى من الإخوة عنده، ولا حظ لهم معه في الميراث؛ لأن له ولاداً وتعصباً من جهة الولادة أيضاً، فأشبه الأب؛ ولأنه يأكل من مال ابن ابنه عند الحاجة من غير إذنه؛ ولأنه غير مقبول الشهادة له، فأشبه الأب.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقاسم الإخوة ما دامت المقاسمة خيراً له، فإن كان الثلث خيراً له أعطي الثلث.

وقوله: «ثم بنوهم»؛ لأنهم بمنـــزلتهم.

قوله: (ثُمَّ بَنُو الْجَدِّ وَهُمْ الأَعْمَامُ ثُمَّ بَنُو أَبِ الْجَدِّ) وهم أعمام الأب وأولادهم من كان لأب وأم، ثم مولى العتاقة، وهو آخر العصبات مقدم على ذوي الأرحام ومولى الموالاة أبعد الورثة مؤخر عن ذوي الأرحام.

قوله: (وَإِذَا اسْتَوَى وَارِثَانِ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ فَأَوْلَاهُمْ مَنْ كَانَ لِلأَبِ وَالأُمِّ)؛ لأنه أقرب تعصيباً وولاية.

قوله: (وَالابْنُ وَابْنُ الابْنِ وَالإِخْوَةُ يُقَاسِمُونَ أَخَوَاتِهِمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَمَنْ عَدَاهُمْ مِنَ الْعَصَبَاتِ يَنْفَرِدُ ذُكُورُهُمْ بِالْمِيرَاثِ دُونَ إِنَاثِهِمْ) مثل أولاد الإخوة وأولاد الجد.

قوله: (وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَالْعَصَبَةُ هُوَ الْمَوْلَى الْمُعْتِقُ ثُمَّ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ مِنْ عَصَبَةِ الْمَوْلَى) يعني الذكور دون الإناث لقوله عليه السلام: «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن»[1]، والله أعلم.

باب الحجب

قوله: (وَتُحْجَبُ الأُمُّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ بِالْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ أَوْ بِأَخَوَيْنِ) أو أختين فصاعداً سواء كان الأخوان، أو الأختان وارثين، أو سقطا عن الميراث إلا أن يكونا عبدين، أو كافرين، فإنهما لا يحجبانها.

قوله: (وَالْفَاضِلُ عَنْ فَرْضِ الْبَنَاتِ لِبَنِي الابْنِ وَأَخَوَاتِهِمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) والفاضل عن فرض الأختين من الأب والأم للإخوة والأخوات من الأب للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد بينا ذلك.

قوله: (وَإِذَا تَرَكَ بِنْتًا وَبَنَاتِ ابْنٍ وَبَنِي ابْنٍ فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَالْبَاقِي لِبَنِي الابْنِ وَأَخَوَاتِهِمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) وكذا الفاضل عن فرض الأخت للأب والأم لبني الأب وبنات الأب للذكر مثل حظ الأنثيين.

{مطلب في الإرث بجهتين}

قوله: (وَمَنْ تَرَكَ ابْنَيْ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لأُمٍّ فَلِلأَخِ مِنَ الأُمِّ السُّدُسُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)؛ لأن له قرابتين من جهتين.

{مطلب في المسألة المشركة}

قوله: (وَالْمُشَرَّكَةُ أَنْ تَتْرُكَ الْمَرْأَةُ زَوْجًا وَأُمًّا وَإِخْوَةً مِنْ أُمٍّ وَإِخْوَةً مِنْ أَبٍ وَأُمٍّ فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلأُمِّ السُّدُسُ وَلأَوْلَادِ الأُمِّ الثُّلُثُ وَلَا شَيْءَ لِلإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ) وقال الشافعي: الثلث بين الإخوة للأم والإخوة للأب والأم بالسوية.

---

(1) تقدم تخريجه.

لنا: أن الله تعالى جعل للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث، فاستغرقت الفريضة، وقد قال عليه السلام: «ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر»(1)، ولم يبق لهم شيء، والله أعلم.

باب الرد

قوله: (وَالْفَاضِلُ عَنْ فَرْضِ ذَوِي السِّهَامِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ مَرْدُودٌ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ سِهَامِهِمْ إِلاَّ عَلَى الزَّوْجَيْنِ) وعند الشافعي: الفاضل لبيت المال، وإنما لم يرد على الزوجين؛ لأن فرضهما بالسبب لا بالنسب، فهو ضعيف؛ لأنهما استحقاه بعد انقطاع السبب الذي يستحقان به، فلا يزادان على فرضهما بخلاف من يرث بالنسب؛ لأن النسب باق بعد الموت، فقوي حالهم في الاستحقاق، فكانوا أولى بالفاضل، أو نقول: إن الزوجين يستحقان بسبب واحد وهو النكاح، فإذا استحقا به لم يكن لهما سبب غير ذلك يستحقان به، وأهل النسب يستحقون بالنسب، وهو البنوة في البنت والأخوة في الأخت، والباقي بالرحم.

{مسائل منثورة}

قوله: (وَلاَ يَرِثُ الْقَاتِلُ مِنْ الْمَقْتُولِ) يعني إذا كان بالغاً عاقلاً، ويرث الصبي والمجنون من أبيه إذا قتله، والبالغ العاقل إذا وقع مورثه في بئر حفرها على الطريق، أو سقط على حجر وضعه في الطريق، أو وجد الأب في دار ابنه قتيلاً، أو قتل مورثه في قصاص، أو رجم، أو قتله مكرهاً، أو شهد الابن على أبيه بالزنا، ففي جميع هذه الأشياء لا يحرم الميراث.

قوله: (وَالْكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ يَتَوَارَثُ بِهِ أَهْلُهُ وَلاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلاَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ) وقد بينا ذلك.

---

(1) قال ابن العسقلاني في تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير (81/3): حديث: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي، فهو لأولى رجل ذكر» متفق عليه. قوله: وفي رواية: «فلأولى عصبة ذكر». وقال بعد أوراق: اشتهر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: فذكره بهذا اللفظ. والثابت في الصحيحين من حديث ابن عباس: «فما أبقت الفرائض، فلأولى رجل ذكر»، وهذا اللفظ تبع فيه الغزالي، وهو تبع إمامه. وقد قال ابن الجوزي في التحقيق: إن هذه اللفظة لا تحفظ، وكذا قال المنذري، وقال ابن الصلاح فيها: بعد عن الصحة من حيث اللغة فضلاً عن الرواية، فإن العصبة في اللغة اسم للجمع لا للواحد، انتهى. وفي الصحيح عن أبي هريرة حديث: «أيما امرئ ترك مالاً، فليرثه عصبته من كانوا»، فشمل الواحد وغيره.

قوله: (وَمَالُ الْمُرْتَدِّ لِوَرَثَتِهِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ) يعني ما اكتسبه في حال إسلامه.

قوله: (وَمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ فَيْءٌ) هذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو لورثته من المسلمين؛ لأنه لما لم يرثه ورثته الكفار ورثه المسلمون؛ ولأن من أصلهما أن ملكه لا يزول بالردة، فحاله بعد الردة في كسبه كحاله قبلها، ولأبي حنيفة أن المرتد مباح الدم، فوجب أن يكون ما في يده في تلك الحالة فيئاً كمال الحربي، ثم على قول أبي حنيفة وارث المرتد يعتبر حاله يوم الردة، فإن كان حراً مسلماً يوم ردته ورثه، وإن كان عبداً، أو كافراً يوم الردة لم يرثه، وإن أعتق، أو أسلم قبل أن يموت، أو يقتل، أو يحكم بلحاقه لم يرثه.

{توريث الغرقى ومن في حكمهم}

قوله: (وَإِذَا غَرِقَ جَمَاعَةٌ أَوْ سَقَطَ عَلَيْهِمْ حَائِطٌ وَلَمْ يُعْلَمْ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ أَوَّلاً فَمَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِلأَحْيَاءِ مِنْ وَرَثَتِهِ) ولا يرث بعضهم من بعض؛ لأنه يحكم بموتهم معاً.

{اجتماع قرابتين في المجوس}

قوله: (وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَجُوسِيِّ قَرَابَتَانِ لَوْ تَفَرَّقَتَا فِي شَخْصَيْنِ وَرِثَ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا) فإذا اجتمعا في شخص ورث بهما جميعاً تفسيره مجوسي تزوج أمه، فولدت له بنتاً، ثم مات عن أم هي زوجته، وعن بنت هي أخته لأمه، فلا ترث الأم بالزوجية، ولا ابنته بالأختية؛ لأن الأخت للأم لا ترث مع الابنة، ولكن للأم السدس باعتبار الأمومية وللابنة النصف، والباقي للعصبة مجوسي تزوج بنته، فولدت له ابنتين فمات المجوسي، ثم ماتت إحدى الابنتين، فإنها ماتت عن أم هي أخت لأب، وعن أخت لأب وأم فللأم السدس بالأمومية وللأخت للأب والأم النصف وللأم السدس بالأختية للأب؛ لأنا لما اعتبرنا الأختية للأب التي وجدت في الأم لاستحقاق السدس بها صار ذلك كالموجود في شخص آخر، كأنها تركت الأختين، وهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس، كذا في المستصفى.

قوله: (وَلاَ يَرِثُ الْمَجُوسِيُّ بِالأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ الَّتِي يَسْتَحِلُّونَهَا فِي دِينِهِمْ) لأن النكاح الفاسد لا يوجب التوارث بين المسلمين، فلا يوجبه بين المجوسي بخلاف الأنساب. والأصل: أن المجوس يرثون بالزوجية إذا كان النكاح بينهما جائزاً، فإن لم يكن بينهما جائزاً، فإنهما لا يتوارثان بالزوجية، ومعرفة الجائز من الفاسد أن كل نكاح لو أسلما يتركان عليه فذلك نكاح جائز، وما لا يتركان عليه، فهو فاسد، وما كان يدلي

بسببين، وأحدهما لا يحجب الآخر، فإنه يرث بالسببين، وإن كان أحدهما يحجب الآخر، فإنه يرث بالحاجب ولا يرث بالمحجوب.

بيانه: مجوسي ترك زوجة هي أمه وهي أخته لأبيه كما إذا تزوج ابنته، فولدت منه ولداً، ثم تزوج هذا أمه وهي أخته لأبيه، فإن هذا النكاح فاسد لا يرث بالزوجية ويرث ثلث المال؛ لأنها أمه وترث أيضاً نصف المال؛ لأنها أخته لأبيه، فيرث بالسببين جميعا لأن أحدهما لا يحجب الآخر، والباقي رد عليهما بالسببين جميعاً إن لم يكن عصبة. ولو ترك امرأة وهي ابنته وهي أخته لأمه كما إذا تزوج أمه، فولدت له بنتاً، فهذه بنته وأخته لأمه، ثم مات فلها النصف بكونها بنتاً ولا ترث بكونها أختاً لأم؛ لأن الأخت للأم لا ترث مع ولد الصلب.

{عصبة ولد الزنا وولد الملاعنة}

قوله: (وَعَصَبَةُ وَلَدِ الزِّنَا وَوَلَدِ الْمُلاَعَنَةِ مِنْ الأُمَّهَاتِ) لأن ولد الزنا لما لم يكن له أب تعلق ذلك بأمه، وكذا ولد الملاعنة من الأمهات، فإذا مات ذلك الولد يكون ميراثه لأمه وأولاد أمه الذكر والأنثى فيه سواء، فإذا ترك أخاً، أو أختاً، أو إخوة من أم فللواحد السدس وللاثنين فصاعداً الثلث وما بقي بعد ميراث الأم وأولادها يكون لعصبة الأم الأقرب فالأقرب، فإن كانت مولاة لقوم كان الباقي لموالي أمه، أو لعصبة موالي أمه، وإن لم يكن عصبة، فالباقي رد على الأم وأولادها.

{توريث الحمل}

قوله: (وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ حَمْلاً وُقِفَ مَالُهُ حَتَّى تَضَعَ امْرَأَتُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ) وهذا إذا لم يكن للميت ولد سوى الحمل. أما إذا كان له ولد سواه، فإن كان ذكرا أعطي خمس المال وأوقف أربعة أخماسه، وإن كان أنثى أعطيت تسع المال وأوقف ثمانية أتساعه، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يعطى الابن نصف المال.

وقال محمد: ثلث المال؛ لأن المرأة لا تلد في العادة في بطن واحد أكثر من اثنين، فيستحق هذا الموجود الثلث.

ولأبي يوسف: أنها تلد في العادة ولداً واحداً، فيجوز أن يكون ابناً.

ولأبي حنيفة: أن أكثر ما تلد المرأة في بطن واحد أربعة، فيجوز أن يكون الحمل أربعة بنين، فيستحق الابن الخمس والبنت تستحق التسع، والفتوى على قول أبي يوسف. هذا كله إذا عرف وجوده في البطن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ مات المورث.

أما إذا جاءت به لأكثر من ذلك، فلا ميراث له إذا كان النكاح قائماً، فإن كانت معتدة إن جاءت به لأقل من سنتين منذ وقعت الفرقة بموت، أو طلاق، فهو من جملة الورثة، كذا في المستصفى.

{الجد الصحيح أولى بالميراث من الإخوة}

قوله: (وَالْجَدُّ أَوْلَى بِالْمَالِ مِنْ الإِخْوَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يُقَاسِمُهُمْ إلاَّ أَنْ تُنْقِصَهُ الْمُقَاسَمَةُ مِنْ الثُّلُثِ) ثم على قولها للجد حالتان:

إحداهما: إذا لم يكن هناك صاحب فرض، فهو مخير بين المقاسمة وبين ثلث جميع المال.

والثانية: إذا كان هناك صاحب فرض، فهو مخير بين ثلاثة أشياء، إما المقاسمة، أو ثلث ما بقي، أو سدس جميع المال.

بيانه: جد وأخ للجد النصف وللأخ النصف جد وأخوان الثلث والمقاسمة هنا سواء جد وثلاثة إخوة الثلث هنا خير له من المقاسمة، فإن كان معهم صاحب فرض أعطي فرضه، ثم ينظر إلى ثلث ما بقي وإلى سدس جميع المال وإلى المقاسمة ينظر أولاً إلى ثلث ما بقي وإلى سدس جميع المال أيهما خير له، ثم ينظر إلى أخيرهما وإلى المقاسمة، فأيهما كان خيراً له كان له بيانه بنت وجد وأخ للبنت النصف، والباقي بينهما نصفان؛ لأن المقاسمة خير له من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال، فإن كانا أخوين والمسألة بحالها فهنا ثلث ما بقي وسدس جميع المال والمقاسمة سواء، فإن كانوا ثلاثة وهي بحالها، فثلث الباقي وهو سدس جميع المال خير له من المقاسمة بنتان وجد وأخوان لأب وأم للابنتين الثلثان، وما بقي وهو الثلث يعطى الجد منه سدس جميع المال؛ لأن ذلك خير له من المقاسمة، ومن ثلث الباقي وإن ترك ابنتين وجداً وأختاً لأب. وأما فللابنتين الثلثان وما بقي فهو للجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن المقاسمة خير له من السدس ومن ثلث ما بقي. ولو زاد في الفريضة فريضة أخرى كابنتين وأم وجد وأخ لأب وأم أو أخت فلابنتين الثلثان وللأم السدس وبقي السدس يعطى للجد؛ لأن مذهب زيد أن نصيب الجد لا ينتقص من السدس ولا شيء للأخ، أو الأخت؛ لأن الأخت ههنا عصبة.

{اجتماع الجدات}

قوله: (وَإِذَا اجْتَمَعَ الْجَدَّاتُ فَالسُّدُسُ لأَقْرَبِهِنَّ) اعلم أنه إذا كان بعض الجدات أقرب من بعض فإن علياً كرم الله وجهه يجعل السدس للقربى من أي جهة كانت، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه. وعن زيد إن كانت القربى من جهة الأم فالسدس لها، وإن كانت

من جهة الأب شاركتها البعدى من جهة الأم. وكان ابن مسعود يورث القربى والبعدى جميعاً من أي جهة كانت، فإن كان من جهة الأب قربى وبعدى ورث أقربها مثال ذلك أم أم وأم أم أب.

قال أبو حنيفة: السدس لأم الأم.

وفي قول ابن مسعود: هو بينهما أم أب وأم أم أب.

فعند أبي حنيفة: السدس لأم الأب؛ لأنها أقرب.

وعن زيد: أنه بينهما أم أب أب وأم أم أم.

فعند أبي حنيفة: السدس لأم الأب.

وعلى قول زيد: هو بينهما، وإذا كان للجدة قرابتان.

فعند محمد وزفر: لها نصيب جدتين.

وعند أبي يوسف: لها نصيب جدة واحدة.

بيانه: رجل تزوج بنت خالته، فولدت له ولداً، فإن جدة الرجل أم أمه هي جدة هذا الولد أم أم أمه وهي أيضاً جدته أم أم أبيه، فإن مات الرجل وخلف جدته أم أبيه، ثم مات هذا الولد، وخلف هاتين الجدتين.

فعلى قول محمد وزفر: لصاحبة القرابتين ثلثا السدس، وللأخرى التي هي أم أب الأب ثلث السدس.

وعند أبي يوسف: هو بينهما نصفان.

وعند مالك: السدس كله لصاحبة القرابتين.

قوله: (وَيَحْجُبُ الْجَدُّ أُمَّهُ) وفي بعض النسخ: «ولا يحجب الجد أمه»: وهذا إذا كان الجد غير وارث. أما إذا كان وارثاً، فإنه يحجبها؛ لأنها تدلي به، وقد استحق هذا الميراث، فلا ترث معه كأم الأم.

قال الخجندي: ولا يحجب الجد من الجدات، إلا من كان من قبله.

قوله: (وَلاَ تَرِثُ أُمُّ أَبِ الأُمِّ)؛ لأنها رحم، فهي من جملة ذوي الأرحام؛ ولأنها تدلي بابنها وهو من ذوي الأرحام، وتسمى هذه الجدة الفاسدة وابنها الجد الفاسد.

قوله: (وَكُلُّ جَدَّةٍ تَحْجُبُ أُمَّهَا)؛ لأن محل أم الجدة مع الجدة كمحل الجدة مع الأم والأم تحجب أمها، فكذا الجدة تحجب أمها، والله أعلم.

باب ذوي الأرحام

قوله: (وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ عَصَبَةٌ وَلاَ ذُو سَهْمٍ وَرِثَهُ ذَوُو الأَرْحَامِ) والأصل

في هذا أن ذوي الأرحام أولى بالميراث من بيت المال، لقوله تعالى: ﴿ وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾[1].

قوله: (وَهُمْ عَشْرَةٌ وَلَدُ الْبِنْتِ وَوَلَدُ الأُخْتِ وَبِنْتُ الأَخِ وَبِنْتُ الْعَمِّ وَالْخَالُ وَالْخَالَةُ وَأَبُو الأُمِّ وَالْعَمُّ لِلأُمِّ وَالْعَمَّةُ وَوَلَدُ الأَخِ مِنْ الأُمِّ وَمَنْ أَدْلَى بِهِمْ) ثم توريث ذوي الأرحام كتوريث العصبة يرث الأقرب، فالأقرب إلى الميت إلا أن الكلام وقع في معرفة الأقرب.

قال أبو حنيفة: أقربهم إلى الميت الجد أبو الأم، ثم أولاد البنات، ثم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، ثم العمات والخالات، ثم أولادهم، كذا ذكره في ظاهر الرواية.

وروي عنه أن أقربهم أولاد البنات، ثم الجد أبو الأم.

وقالا: الأقرب أولاد البنات، ثم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، ثم الجد أبو الأم، ثم العمات والخالات، ثم أولادهن، كذا في الخجندي.

وفي القدوري: أولاهم من كان من ولد الميت؛ لأن ولد الميت أقرب إليه من غيره، وإن سفل.

قوله: (ثُمَّ وَلَدُ الأَبَوَيْنِ أَوْ أَحَدُهُمَا وَهُم بَنَاتُ الإِخْوَةِ وَأَوْلاَدُ الأَخَوَاتِ) يعني أنهم أولى من أولاد الجد، وهم العمات ومن شاكلهم من ذوي الرحم من أولاد الجد أب الأم؛ لأن الإخوة أقرب إلى الميت من هؤلاء، فكذلك أولادهم أقرب إليه كأولاد ابنه. أما إذا ترك جده أبا أمه وابنة أخيه لأمه، فالمال للجد أب الأم عند أبي حنيفة.

وقالا: هو لابنة الأخ من الأم، وكذلك روي عن أبي حنيفة في ابنة الأخت للأب والأم أو للأب أن المال للجد أبي الأم؛ لأن للجد أبي الأم ولاداً، فهو أولى.

مسائل: بنت بنت وابن بنت بنت المال لبنت البنت؛ لأنها أقرب، ابن بنت وبنت بنت أخرى، أو هما لبنت واحدة، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، كأنه ترك ابناً وبنتاً من صلبه.

قال الخجندي: الأصل في أولاد البنات.

عند أبي يوسف: أنه يعتبر الأبدان، ويقسم بالأبدان إن كانوا كلهم ذكوراً، فالمال بينهم بالسوية، وإن كانوا مختلطين، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

ومحمد يعتبر في أولاد البنات أول الخلاف، فإن كان أول الخلاف يقع بالأبدان،

(1) سورة الأحزاب: 6.

فإنه يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان الخلاف في الأصل يعطي لهم ميراث الأصل.

بيانه: إذا ترك بنت بنت وابن بنت، فهو بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. أما على قول أبي يوسف، فلا يشكل؛ لأنه يعتبر الأبدان وأحدهما ذكر والآخر أنثى، وكذا عند محمد؛ لأن أول الخلاف وقع بالأبدان. ولو ترك ابن بنت بنت وبنت ابن بنت، فعند أبي يوسف: المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ثلثاه لابن بنت البنت وثلثه لبنت ابن البنت.

وعند محمد: ثلث المال لابن بنت البنت وثلثاه لبنت ابن البنت؛ لأنه يعتبر أول الخلاف، وكذلك هذا في أولاد الأخوات وبنات الإخوة كما إذا ترك ابن أخت وبنت أخ كلاهما لأب وأم.

على قول أبي يوسف: للذكر مثل حظ الأنثيين.

وعند محمد: لهما ميراث أصلهما ثلثان لبنت الأخ وثلث لابن الأخت.

قوله: (ثُمَّ وَلَدُ أَبَوَيْ أَبَوَيْهِ أَوْ أَحَدُهُمَا وَهُمْ الْأَخْوَالُ وَالْخَالَاتُ وَالْعَمَّاتُ) لأن هؤلاء أقرب إليه بعد من ذكرنا، وإن اجتمع عمة وخالة، فثلث المال للخالة من الأب والأم وثلثاه للعمة؛ لأن العمة تدلي بالأب والخالة بالأم، فكان لكل واحدة نصيب من تدلي به وإن ترك عماً لأم وخالاً لأب، فللخال الثلث، والباقي للعم من الأم ؛ لأنهم يرثون بالأبدان والعم بمنـــزلة العصبة والخال بمنـــزلة الأم وللأم الثلث وللعم ما بقي كذلك هذا وإن ترك ثلاث بنات أخوات متفرقات، أو ثلاثة بني أخوات متفرقات.

فالأصل عند أبي حنيفة ومحمد: أنهم يعطون ميراث أصلهم لأولاد الأخوات من الأب والأم النصف ولأولاد الأخوات من الأب السدس تكملة الثلثين ولأولاد الأخوات من الأم السدس ميراث أصلهم، والباقي رد عليهم على قدر أنصبائهم، فيكون بينهم على خمسة.

وقال أبو يوسف: الميراث لولد الأخت للأب والأم؛ لأنه يعتبر الأقرب، فالأقرب وهما يعتبران بمن تدلي به كل واحدة منهن، فجعل لكل واحدة ما كان لأمها، وأما العمات والخالات، فإنه يعتبر فيهن الأقرب فالأقرب بالإجماع، وأما أولادهن.

فعلى قول أبي يوسف: يقسم بالأبدان.

وعند محمد: كما ذكرنا في أولاد البنات وأولاد الأخوات.

بيانه: ثلاث خالات متفرقات المال للخالة من قبل الأب والأم إجماعاً؛ لأنها أقرب، وإن ترك ثلاثة أخوال متفرقين، فالمال كله للخال من قبل الأب والأم. ولو ترك خالاً وخالة كلاهما في درجة واحدة، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن ترك

ثلاث عمات متفرقات، فالمال كله للعمة من قبل الأب والأم؛ لأنها أقرب. ولو ترك عمة وخالة للعمة الثلثان وللخالة الثلث. ولو ترك عمة وخالاً فالثلث للخال والثلثان للعمة، وإن ترك خالة وابن عمة المال للخالة؛ لأن ابن العمة أبعد في الدرجة، وإن ترك ابنة خال وابن خالة.

فعلى قول أبي يوسف: المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

وعند محمد: الثلثان لابنة الخال والثلث لابن الخالة يرث كل واحد منهما ميراث أصله، وإن ترك ابنة عم وابن عمة المال كله لبنت العم؛ لأنها من أولاد العصبة والآخر من أولاد ذوي الأرحام.

قوله: (وَإِذَا اسْتَوَى وَارِثَانِ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ فَأَوْلاَهُمْ مَنْ أَدْلَى بِوَارِثٍ) كرجل مات وترك ابنة عم وابن عمة المال كله لبنت العم، وكذا لو ترك بنت بنت بنت وبنت بنت ابن، فالمال لبنت بنت الابن.

قوله: (وَأَقْرَبُهُمْ أَوْلَى مِنْ أَبْعَدِهِمْ) فعند أبي حنيفة: أقرب ذوي الأرحام الجد أبو الأم، ثم أولاد البنات، ثم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، ثم العمات والخالات، ثم أولادهن.

قوله: (وَأَبُو الأُمِّ أَوْلَى مِنْ وَلَدِ الأَخِ وَالأُخْتِ) وهذا عند أبي حنيفة، وقد بيناه.

{مطلب في المعتق أحق من ذوي الأرحام}

قوله: (وَالْمُعْتَقُ أَحَقُّ بِالْفَاضِلِ مِنْ سَهْمِ ذَوِي السِّهَامِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ سِوَاهُ)

{مولى الموالاة}

(وَمَوْلَى الْمُوَالاَةِ يَرِثُ) وهو الرجل يسلم على يد الرجل ويواليه ويعاقده، ثم يموت ولا وارث له غيره فميراثه له عندنا.

وقال مالك: ميراثه للمسلمين.

قوله: (وَإِذَا تَرَكَ الْمُعْتَقُ أَبَا مَوْلاَهُ وَابْنَ مَوْلاَهُ فَمَالُهُ لِلابْنِ) عندهما.

وقال أبو يوسف: هو بينهما للأب السدس، والباقي للابن.

قوله: (فَإِنْ تَرَكَ جَدَّ مَوْلاَهُ وَأَخَ مَوْلاَهُ فَالْمَالُ لِلْجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأن من أصله أن الإخوة لا يرثون مع الجد شيئاً، فكذا في الولاء.

قوله: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ بَيْنَهُمَا)؛ لأن من أصلهما أن الإخوة يشاركونه في الميراث، فكذا في الولاء.

قوله: (وَلاَ يُبَاع الْوَلاَءُ وَلاَ يُوهَبُ)؛ لأنه لحمة كلحمة النسب، والنسب لا يباع

ولا يوهب.

حساب الفرائض

قوله: (إِذَا كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ نِصْفٌ وَنِصْفٌ أَوْ نِصْفٌ وَمَا بَقِيَ فَأَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْنِ) فالأول كزوج وأخت لأب وأم، أو لأب، والثاني كزوج وعم.

قوله: (وَإِذَا كَانَ فِيهَا ثُلُثٌ وَمَا بَقِيَ أَوْ ثُلُثَانِ وَمَا بَقِيَ فَأَصْلُهَا مِنْ ثَلاَثَةٍ) فالأول كأم وعم، والثاني كابنتين وعم.

قوله: (وَإِذَا كَانَ فِيهَا رُبْعٌ وَمَا بَقِيَ أَوْ رُبْعٌ وَنِصْفٌ فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ) الأول كزوجة وعصبة، والثاني كزوج وبنت.

قوله: (وَإِنْ كَانَ فِيهَا ثُمْنٌ وَمَا بَقِيَ أَوْ ثُمْنٌ وَنِصْفٌ وَمَا بَقِيَ فَأَصْلُهَا مِنْ ثَمَانِيَةٍ) فالأولى كزوجة وابن والثانية كزوجة وبنت.

قوله: (وَإِنْ كَانَ فِيهَا نِصْفٌ وَثُلُثٌ أَوْ نِصْفٌ وَسُدُسٌ فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ) فالأولى كأم وأخت لأب وأم، أو لأب والثانية كأم وبنت.

قوله: (وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَثَمَانِيَةٍ وَتِسْعَةٍ وَعَشْرَةٍ) فالأول كزوج وأختين لأبوين، أو لأب، فهذه تعول الى سبعة، والثاني كزوج وأختين لأب وأم وأخ لأم. فهذه تعول الى ثمانية والثالث كزوج وأختين لأب وأم وأخوين لأم، فهذه تعول الى تسعة والرابع كما لو كان مع هؤلاء أم، فهي تعول الى عشرة.

قوله: (وَلاَ تَعُولُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ) العول: هو الزيادة في الفرائض عند تضايق المستحقين.

قوله: (وَإِذَا كَانَ مَعَ الرُّبْعِ ثُلُثٌ أَوْ سُدُسٌ فَأَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ) فالأول كزوجة وأم والثاني كزوجة وأخت لأم.

قوله: (وَتَعُولُ إِلَى ثَلاَثَةَ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ) فالتي تعول الى ثلاثة عشر زوج وأم وابنتان، والتي تعول الى خمسة عشر زوجة وأختان لأبوين، أو لأب وأختان لأم، والتي تعول الى سبعة عشر إذا كان مع هؤلاء أم.

قوله: (وَإِذَا كَانَ مَعَ الثُّمْنِ سُدُسَانِ أَوْ ثُلُثَانِ فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ) فالأول كزوجة وأبوين وابن، والثاني كزوجة وابنتين.

قوله: (وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ) كزوجة وابنتين وأبوين. وهذه تسمى المنبرية؛ لأن علياً كرم الله وجهه أجاب بها، وهو على المنبر، فقال: عاد ثمنها تسعاً، وذلك أنه كان يخطب خطبة، أولها: الحمد لله الذي حكم بالحق قطعاً، ويجزي كل نفس

بما تسعى، وإليه المآب والرجعى، فلما سئل قال: عاد ثمنها تسعاً، واستمر على الخطبة.

قوله: (وَإِذَا انْقَسَمَتْ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْوَرَثَةِ فَقَدْ صَحَّتْ وَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمْ سِهَامُ كُلِّ فَرِيقٍ مِنْهُمْ عَلَيْهِمْ فَاضْرِبْ عَدَدَهُمْ فِي أَصْلِ الْفَرِيضَةِ وَعَوْلِهَا إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً فَمَا خَرَجَتْ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ) كامرأة وأخوين للمرأة الربع سهم وللأخوين ما بقي وهو ثلاثة أسهم لا ينقسم عليهما، فاضرب اثنين في أصل المسألة، تكون ثمانية ومنها تصح.

وقوله: وعولها إن عالت كما إذا كانت الفريضة زوجاً وثلاث أخوات لأب وأم، أو لأب أصلها من ستة، وتعول إلى سبعة، وتصح من واحد وعشرين.

قوله: (فَإِنْ وَافَقَ سِهَامَهُمْ عَدَدُهُمْ ضَرَبْت وَفْقَ عَدَدِهِمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ) فما بلغ فالمسألة تصح منه كامرأة وستة أعمام للمرأة الربع سهم وللأعمام ما بقي ثلاثة أسهم لا تنقسم عليهم، ولكن يوافق ما في أيديهم عدد رؤوسهم بثلث وثلث، فاضرب ثلث عددهم وهو اثنان في أصل المسألة، فتكون ثمانية، ومنها تصح للزوجة الربع سهمان وللأعمام ستة لكل واحد سهم.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمْ سِهَامُ فَرِيقَيْنِ مِنْهُمْ أَوْ أَكْثَرَ فَاضْرِبْ أَحَدَ الْفَرِيقَيْنِ فِي الآخَرِ ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فِي الْفَرِيقِ الثَّالِثِ ثُمَّ مَا اجْتَمَعَ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ) كزوجتين وخمس جدات وثلاثة إخوة لأم وعم أصلها من اثني عشر للزوجتين الربع ثلاثة وللجدات السدس سهمان وللإخوة للأم الثلث أربعة وللعم ما بقي وهو ثلاثة، وانكسر على الزوجتين والجدات والإخوة، فاضرب عدد الزوجتين، وهو اثنان في عدد الجدات يكون عشرة، ثم اضرب العشرة في ثلاثة عدد الإخوة يكون ثلاثين، ثم اضرب الثلاثين في أصل المسألة، وهي اثنا عشر يكون ثلاثمائة وستين، ومنها تصح ثم نقول: من له شيء في الفريضة مضروباً في ثلاثين للزوجتين ثلاثة في ثلاثين يكون تسعين، وهو الربع من الجميع لكل واحد خمسة وأربعون وللجدات سهمان في ثلاثين يكون ستين لكل واحدة اثنا عشر وللإخوة أربعة في ثلاثين يكون مائة وعشرين لكل واحد أربعون وللعم ثلاثة في ثلاثين يكون تسعين، فذلك كله ثلاثمائة وستون.

قوله: (فَإِنْ تَسَاوَتْ الأَعْدَادُ أَجْزَأَ أَحَدُهُمَا عَنْ الآخَرِ كَامْرَأَتَيْنِ وَأَخَوَيْنِ فَاضْرِبْ اثْنَيْنِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ) وهذا يسمى التماثل، فأصلها من أربعة: للزوجتين الربع سهم منكسر عليهما، وللأخوين ما بقي، وهو ثلاثة منكسر أيضاً، وأحد العددين يغنيك عن الآخر، فاضرب اثنين في أربعة: يكون ثمانية للزوجتين سهمان، وللأخوين ستة.

قوله: (وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْعَدَدَيْنِ جُزْءًا مِنْ الآخَرِ أَجْزَأَ الأَكْثَرُ عَنْ الأَقَلِّ كَأَرْبَعِ

نِسْوَةٍ وَأَخَوَيْنِ إِذَا ضَرَبْت الأَرْبَعَةَ أَجْزَأَك عَنْ عَدَدِ الأَخَوَيْنِ) وهذا يسمى المتداخل، فتقول: أصل المسألة من أربعة: للزوجات سهم منكسر عليهم، وللأخوين ثلاثة منكسرة أيضاً، فاستغن بضرب الأربعة؛ لأن الاثنين يدخلان فيها، فاضرب الأربعة في أربعة، فتكون ستة عشر للزوجات أربعة وللأخوين اثنا عشر.

قوله: (فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْعَدَدَيْنِ مُوَافِقًا لِلآخَرِ ضَرَبْت وَفْقَ أَحَدِهِمَا فِي جَمِيعِ الآخَرِ) فما اجتمع، فاضربه في أصل المسألة كأربع نسوة وأخت وستة أعمام، فالستة توافق الأربعة بالأنصاف، فاضرب نصف أحدهما في جميع الآخر، ثم ما اجتمع في أصل المسألة يكون ثمانية وأربعين، ومنها تصح.

قوله: (فَإِذَا صَحَّتْ الْمَسْأَلَةُ فَاضْرِبْ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ فِي التَّرِكَةِ ثُمَّ اقْسِمْ مَا اجْتَمَعَ عَلَى مَا صَحَّتْ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ يُخْرِجُ حَقَّ ذَلِكَ الْوَارِثِ) لأنك تقول: أصل المسألة من أربعة: للزوجات الربع، وللأخت النصف، وللأعمام سهم منكسر عليهم، وهو ستة، فاضرب نصف عدد الزوجات في عدد الأعمام يكون اثنا عشر، ثم في الفريضة يكون ثمانية وأربعين للزوجات اثنا عشر وللأخت أربعة وعشرون وللأعمام اثنا عشر.

{مطلب في المناسخة}

قوله: (فَإِنْ لَمْ تُقْسَمْ التَّرِكَةُ حَتَّى مَاتَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ فَإِنْ كَانَ نَصِيبُهُ مِنْ الْمَيِّتِ الأَوَّلِ يَنْقَسِمُ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِ وَرَثَته فَاقْسِمْهُ وَقَدْ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمْ صَحَّحْت فَرِيضَةَ الْمَيِّتِ الثَّانِي بِالطَّرِيقَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ثُمَّ ضَرَبْت إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي الأُخْرَى إِذَا لَمْ يَكُنْ سِهَامُ الْمَيِّتِ الثَّانِي تُوَافِقُ مَا صَحَّتْ مِنْهُ فَرِيضَتُهُ) كزوجة وأخت لأب وأم وأربعة أعمام، ثم لم تقسم التركة حتى مات أحد الأعمام وليس له وارث سوى إخوته، فإن المسألة الأولى من أربعة للزوجة سهم وللأخت سهمان وللأعمام سهم منكسر عليهم، فاضرب أربعة في أربعة يكون ستة عشر للزوجة أربعة وللأخت ثمانية وللأعمام أربعة لكل واحد سهم مات أحدهم وخلف إخوته الثلاثة وبيده سهم لا ينقسم على ورثته، فاضرب مسألته وهي ثلاثة في ستة عشر يكون ثمانية وأربعين، ومنها تصح للزوجة أربعة في ثلاثة يكون اثني عشر وهو ربع الجميع وللأخت ثمانية في ثلاثة بأربعة وعشرين وهو النصف يبقى اثنا عشر بين بقية الورثة لكل واحد أربعة.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ سِهَامُهُمْ مُوَافِقَةً فَاضْرِبْ وَفْقَ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ فِي الأُولَى فَمَا اجْتَمَعَ صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَتَانِ فَكُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ الْمَسْأَلَةِ الأُولَى يَأْخُذُهُ مَضْرُوبًا فِي وَفْقِ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ وَكُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ الْمَسْأَلَةِ يَأْخُذُهُ مَضْرُوبًا فِي وَفْقِ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ

الثَّانِي) مثاله زوج وأخوان تصح من أربعة، ثم مات الزوج وخلف أربعة بنين أصلها من أربعة ويتوافقان بالإنصاف، فاضرب نصف عددهم في جميع الآخر يكون ثمانية، ومنه تصح المسألتان للأخوين أربعة ولأولاد الزوج أربعة.

قوله: (وَإِذَا صَحَّحتَ مَسْأَلَةَ الْمُنَاسَخَة وَأَرَدْت مَعْرِفَةَ نَصيب كُلِّ وَاحد مِنْ حَبَّاتِ الدِّرْهَمِ قَسَمْت مَا صَحَّتْ مِنهُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى ثَمَانِيَةٍ وَأَرْبَعِينَ فَمَا خَرَجَ أَخَذْتَ لَهُ مِنْ سِهَامِ كُلِّ وَارِثٍ حَبَّةً) صورته: زوج وأبوان وابن من اثني عشر، ثم مات الابن وخلف ابناً وأباً وجدة وجداً، وهم الذين خلفهم الميت الأول وبيده خمسة من اثني عشر. وأصل فريضته من ستة، فاضرب الثانية في الأولى يكون اثنين وسبعين للأب في الأولى اثنا عشر وليس له في الثانية شيء؛ لأنه أبو أم وللأم سبعة عشر وللزوج في المسألتين وهو الأب في الثانية ثلاثة وعشرون وللابن في الثانية عشرون، فاقسم سهام المسألة على حبات الدرهم وهي ثمانية وأربعون يخرج نصف السهام ستة وثلاثون يقابل ذلك نصف الدرهم وهو أربعة وعشرون وثلث السهام أربعة وعشرون يقابلها ثلث الدرهم وهو ستة عشر كل سهم ثلثا حبة، وللثلاثة الأسهم حبتان، والربع ثمانية عشر، والدانق اثنا عشر والثمن تسعة. والقيراط ستة أسهم والطسوج وهو نصف القيراط وهو حبتان وثلاثة أسهم والحبة سهم ونصف ولكل سهم ثلثا حبة. وقد قلت: إن للأب اثنا عشر سهما وذلك دانق وللأم سبعة عشر، وذلك دانق وثلاث حبات وثلث حبة؛ لأن الدانق اثنا عشر بقي خمسة قابلها بثلثيها كما قابلت ستة وثلاثين بأربعة وعشرين وقابلت أربعة وعشرين بستة عشر، فيقابل كل شيء بثلثيه، فإن قابلت خمسة بثلثيها كان ثلثاها ثلاثة وثلثاً كما ذكر وللزوج ربع درهم وثلاث حبات وثلث حبة ولابن الابن ربع درهم وحبة وثلث حبة، فجميع ذلك درهم وعلى حسب ذلك تقسم الغلة، ويقسم كل شيء من التركة، ثم الدانق سدس درهم وسدس ثمانية وأربعين ثمانية حصتها من سهام اثنين وسبعين اثنا عشر والطسوج حبتان والدانق أربعة طساسيج والقيراط نصف دانق ويعتبر بالقيراط نصف سدس الدرهم.

وأهل العراق يسمون نصف سدس الدرهم قيراطاً وهو أربع حبات، وقد يقال: الدرهم ستة دوانق والدانق ثمانية حبات. والمراد: حبة الشعير المتوسط التي لم تقشر، لكن قطع من طرفيها ما دق وطال وكل عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل وأقرب من هذا أن تقول: صورته: زوج وأبوان وابن من اثني عشر للزوج الربع ثلاثة وللأب السدس اثنان وللأم السدس اثنان، ويبقى للابن خمسة، ثم مات الابن وخلف ابناً وأباً وهو الزوج في

الأولى وجدة، وهي الأم في الأولى فريضته من ستة ومات يوم مات وبيده خمسة لا توافق ولا تنقسم، فاضرب الفريضة الثانية في الأولى تكون اثنين وسبعين، ومنه تصح الأولى والثانية للزوج من الأولى والثانية ثلاثة وعشرون وللأم من الأولى والثانية سبعة عشر وللأب في الأولى اثنا عشر ولا شيء له في الثانية؛ لأنه أبو أم وللابن الهالك الثاني عشرون، فذلك اثنان وسبعون. وقد علمت أن حبات الدرهم ثمانية وأربعون، فاضرب نصيب كل وارث في ثمانية وأربعين واقسمه على اثنين وسبعين تصح للأب ثمان حبات وللأم أحد عشر حبة وثلث حبة وللزوج خمسة عشر حبة وثلث حبة ولابن الابن ثلاث عشرة حبة وثلث حبة، فلذلك كله ثمانية وأربعون حبة وامتحانه أن تقول التركة، وهي ثمانية وأربعون ثلثا الفريضة، وهي اثنان وسبعون، فتسقط من سهام كل وارث ثلثه، فما بقي فهو نصيبه من التركة، فإن أسقطت من نصيب الزوج وهو ثلاثة وعشرون ثلثه وهو سبعة وثلثان بقي خمسة عشر وثلث، وهو نصيبه من التركة وكذا كل وارث، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وصلى الله على سيدنا محمد خير خلقه، وآله، وصحبه، وسلم تسليماً كلما ذكره الذاكرون، وكلما غفل عن ذكره الغافلون. والحمد لله رب العالمين حمداً دائماً أبداً.

المصادر والمراجع

1- صحيح البخاري.
2- صحيح مسلم.
3- سنن النسائي.
4- سنن أبي داود.
5- سنن الترمذي.
6- سنن ابن ماجه.
7- سنن الدارمي.
8- موطأ الإمام مالك.
9- مسند أحمد بن حنبل.
10- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت 1993.
11 - تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، لأبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، دار المعرفة، بيروت، 2002.
12- أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.
13- نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي، مؤسسة الريان، بيروت، 1997.
14- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمحمود حمزة، دار الفكر، دمشق، 1986.
15- حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
16- إرشاد أهل الملة إلى إثبات الأهلة للشيخ محمد بخيت المطيعي الحنفي، دار ابن حزم، بيروت، 2000.
17- المعجم الوسيط، دار الدعوة، استنبول، 1996.
18- مختصر المعاني في المعاني والبيان والبديع لمحمد بن عبد الرحمن الخطيب القزويني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، 1965.
19- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس،

الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.

20- فيض القدير شرح الجامع الصغير لعبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى – مصر، الطبعة الأولى ، 1356.

21 - لسان العرب.

22- المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، مكتبة لبنان، بيروت، 1990.

23- النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، دار ابن الجوزي، بيروت، 1421 هـ.

24- شرح رسالة رسم المفتى لمحمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

25- أبو حنيفة لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، مصر، 1974.

26- كنــز العمال في سنن الأقوال والأفعال لعلي بن حسام الدين المتقي الهندي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1989.

27- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، المدينة المنورة ، 1384 – 1964، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني.

28- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ.

29- سنن البيهقي الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة ، 1414 – 1994، تحقيق : محمد عبد القادر عطا.

30- المكاييل والموازين الشرعية، علي جمعة محمد، مكتبة القدس مصر، 2001.

31 - تاج التراجم، ابو الفداء زين الدين قاسم قطلوبغا السودوني، دار القلم، دمشق، 1992.

32- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، دار الأرقم، 1998.

33- الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستغربين والمستشرقين، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، 2002.

34- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مصطفى بن عبد الله الشهير لحاجي خليفة وبكاتب جلبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

35- الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة، محمد بن علي بن محمد الشوكاني،

المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة ، 1407، تحقيق : عبد الرحمن يحيى المعلمي.

36- المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج، دار صادر، بيروت، 1358.

37- وفيات الأعيان وأنباء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن خلكان، دار الثقافة، بيروت، 1968.

38- البداية والنهاية، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء، مكتبة المعارف، بيروت.

39- النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، جمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر، مصر.

40- المذهب الحنفي، أحمد بن محمد نصير الدين النقيب، مكتبة الرشد، الرياض، 2001.

41- الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، دار السلام، القاهرة، 2000.

42- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، الحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت.

43- المغرب في ترتيب المغرب، أبي الفتح ناصر الدين المطرزي، مكتبة لبنان ناشرون.

44- اللباب في شرح الكتاب، الشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1996.

45- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت.

46- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1998.

47- المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، الشيخ محمد علي الصابوني، دار السلام، القاهرة،1995.

48- أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، 1991.

49- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

50- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، الدكتور عبد الرزاق السنهورى، دار الفكر.

51 - حلول لمشكلة الربا، محمد أبو شهبة، مكتبة السنة، مصر، 1996 م.

52- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم الكويت، 1990 م.

53- المعاملات الشرعية المالية، أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، مصر، 1936 م.

54- الحدود والأحكام الفقهية، علي بن مجد الدين بن الشاهرودي البسطامي الشهير بمصنفك، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1991 م.

55- الأحوال الشخصية، الإمام أبو زهرة، دار الفكر العربي، مصر، 1957 م.

56- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، جامعة قاريونس، بنغازي، 1993 م.

57- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984 م.

58- رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، لابن عابدين، دار المعرفة، بيروت،2000 م.

59- عقد البيع، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1999.

60- القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، 1994 م.

61 - كتاب التعريفات، لعلي بن محمد الشريف الجرجاني الحسيني الحنفي، بتحقيق د. محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار النفائس، بيروت، 2003.

62- حاشية نسمات الأسحار على شرح إفاضة الأنوار على متن أصول المنار، لمحمد علاء الدين الحصني الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1979.

63- أحكام القرآن، لأبي بكر بن علي الرازي الجصاص، دار الفكر.

64- أحكام القرآن، لمحمد بن عبد الله الأندلسي، دار الكتب العلمية.

65- تفسير القرآن العظيم، لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، مكتبة دار الفيحاء، ودار السلام، الرياض، 1994.

66- المهذب، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، دار الفكر، بيروت.

فهرس المحتويات